

# LECCIONES DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI

## 1. La Teoría General del Derecho

La expresión "Teoría General del Derecho" tiene una significación compuesta que iremos analizando en cada una de sus partes basándonos en los sentidos etimológicos, a fin de desentrañar el conjunto y comprobar si el contenido con que se la utiliza es el adecuado o si puede poseer otra acepción diversa que la brindada por los vocablos componentes.

### *La "Teoría"*

En primer término corresponde reconocer *¿qué es una teoría?* Una aproximación inicial indica que se diferencia de la práctica. Etimológicamente (según la raíz griega), "teoría" es contemplación; práctica es acción. Esta distinción se comprueba en diversas disciplinas, pero en particular en la Filosofía. Así tenemos una Filosofía teórica, que es la construcción tendiente al conocer, frecuentemente más racional; en cambio, la Filosofía práctica está volcada hacia el hacer.

Teoría es un conjunto de relaciones entre diversos conceptos y entre diferentes juicios. Una teoría es un armazón conceptual racional. La teoría pertenece al área del saber, de modo que corresponde averiguar *¿Qué niveles del saber existen?*

#### *Distintas clases de saber*

- a) saber vulgar.
- b) saber científico y técnico.
- c) saber filosófico.

---

(.) Desarrollo de las lecciones del Curso de Teoría General del Derecho dictado por el autor en el Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. El autor agradece al doctorando abogado Alejandro Alliaud haber tomado los apuntes de las lecciones que sirven de base para esta publicación.

El saber filosófico y el científico y técnico tienen en común un rigor metódico que a nuestro parecer los diferencia del saber *vulgar*. Sin embargo, el método por sí mismo no es todo. Es un camino y como tal debemos cuidar dónde nos lleva. En los planteos que suelen hacerse actualmente, al carecer de una metafísica (en alguna medida una "meta" última), se sobredimensiona el método (el camino).

Si quisiéramos reagrupar las tres categorías del saber en sólo dos, valdría hablar de:

- a) saber vulgar
- b) saber científico y filosófico.

En la actualidad puede decirse que el *saber./ilóso./ico* se distingue del *científico y técnico* porque posee vocación de universalidad, pretensión de eliminar los supuestos y más realización como un quehacer personal.

En relación con la vocación de universalidad, criterio del que se desprenden los otros dos, cabe señalar que si a un físico le preguntamos por la actividad bursátil nos contestará "cse no cs mi objeto", en cambio, un filósofo nos responderá, en todo caso, "de eso todavía no me he podido ocupar".

En cuanto a la pretensión de eliminar los supuestos, si interrogamos a un físico si los materiales que estudia son reales, nos responderá "por supuesto". El filósofo no quiere supuestos, en la medida que puede, no da nada por sentado. Al fin, cuando no pueda remover los supuestos últimos, nos dirá, con cierta vergüenza, "lo he tenido que tomar por supuesto" (por ejemplo, cierta posibilidad del conocimiento).

La Filosofía exige, más que las ciencias, ser un quehacer personal. Quien ama profundamente la verdad y quiere saberlo todo, reconoce que hay cosas que solo él, desde su punto de vista, puede saberlas.

Creemos que la distinción entre Filosofía y ciencia y técnica no se puede hacer apuntando a las causas, porque ellas nos llevarían a las causas primeras y a las esencias, que están en el ámbito de la metafísica y a nuestro parecer no son susceptibles de ser conocidas, independientemente de que existan o no. De lo que no se puede saber, mejor es no hablar.

Tampoco consideramos que la existencia de leyes científicas sea un dato distintivo; el recurso radical a la ley desjerarquiza a la ciencia, porque contempla la realidad como generalidad (según una inspiración afín a la filosofía estoica) y no como unicidad de cada caso (según lo requieren a menudo las ciencias sociales). Si bien admitimos la existencia frecuente de la regularidad dentro de una ciencia no por eso debemos constituir esta característica en esencial. En el abuso de la referencia a la ley se apoyó, de manera errónea, el anatema de Kirehmann contra la ciencia jurídica.

Aunque la propia noción de verdad está en crisis y tal vez sólo sea posible reconstruirla como una "construcción", ella se nos muestra a menudo como una categoría "*pantónoma*", que pretende abarcar todo lo cognoscible. La Filosofía procura satisfacer esa

pantomía de manera más amplia, en tanto que la ciencia, la técnica y el saber vulgar son más fraccionados.

Existen sin embargo, a su vez, ciencias más fraccionadas, en las que el tiempo va superando los conocimientos originariamente adquiridos (física, química, ..) y otras más pantónomas, en las que el tiempo no suele modificar las bases oportunamente edificadas (p. ej.: el derecho). Al menos puede decirse que hay ciencias más o menos futurizas y otras más o menos colectoras del pasado. Esto se explica por la diferencia de objeto de cada una de estas ciencias. El hombre, como objeto de las ciencias sociales, presenta problemas más significativos y en ese sentido perdurables que los que pueden presentar la física.

En mucho, las ciencias particulares se desprendieron de la Filosofía por fenómenos de poder y de utilidad. Luego del derrumbe de la cultura antigua, el primer despliegue diferenciado del marco filosófico apuntó a la Teología. Una vez nacido el capitalismo, desde fines de la Edad Media, el desarrollo del comercio y la industria necesitó un nuevo tipo de conocimiento sobre el mundo material, formándose así las ciencias naturales y exactas. Es el momento en que Francis Bacon señaló que "ciencia es poder". Cuando Galileo (apoyado en Copérnico) planteó sus conocimientos experimentales, estaba instaurando un nuevo mundo científico que determinaba la declinación de la Iglesia Católica como tutora del saber apoyado en la autoridad y abría el camino al nuevo mundo capitalista. Por eso su proceso tiene tan alto valor paradigmático.

Luego, al promediar la modernidad y nacer el capitalismo industrial, nuevas formas del poder y la utilidad requirieron las ciencias sociales y humanas (la Economía, la Sociología, la Historia, el Derecho, la Antropología, la Psicología, etc.). Además del imperio sobre la materia se obtuvo el dominio más directo y "sofisticado" del hombre.

Hoy, nuevas formas del poder y la utilidad parecen encaminarse a un retorno del protagonismo de técnicas de las ciencias naturales, sobre todo desde la perspectiva de la genética humana.

Cuando se completó el desgajamiento de las ciencias particulares del tronco de la Filosofía, a ésta le quedó un saber residual. De cierto modo, la Filosofía es lo que en el saber riguroso no son ciencias.

A diferencia de la técnica, la *ciencia* es más un saber para el saber; puede ser: ciencia *básica* (sin precisar, en principio, sus consecuencias) y ciencia *aplicada* (el saber desenvuelto con un objetivo de conocimiento más determinado).

La *técnica* está un paso más allá de la ciencia aplicada; es el saber para el hacer. La técnica es un tipo de saber que se produce con el objeto directo del hacer, a punto tal que dicho saber nace y muere en relación a un hacer.

La ciencia tiene más referencia al saber (al valor verdad); la técnica es un saber (verdad) que se construye para hacer (orientado por la utilidad).

En términos generales, en la llamada "postmodernidad" de nuestros días la técnica impera por encima de la ciencia, ya que el sistema capitalista que la caracteriza de modo muy intenso es predominantemente utilitario. Las investigaciones suelen comenzar y terminar según el curso de la utilidad y se sobrevalora la transferencia de conocimientos al medio, que es a menudo el ámbito económico. Se va reduciendo el saber a una suerte de "ingeniería", es decir, tener ingenio para hacer, absorbiendo así el saber científico (el saber para el saber). La modernidad fue el tiempo de la ciencia; la postmodernidad es el de la técnica.

Todo conocimiento tiene una dimensión axiológica. La ciencia no es pura verdad; pero siempre pretende ser verdad. En tal sentido, no debemos olvidar que la ciencia no es "inocente", como quedó evidenciado en Auschwitz e Hiroshima; que implica ciertos otros valores y que, además, es peligrosa. La técnica es una verdad para el hacer que, cuando más se desvincule de la raíces del conocimiento, más dudosa será como tal.

Todos los saberes nos son necesarios, el filosófico, el científico, el técnico y el vulgar, pues en conjunto hacen el saber para el *vivir*. Lo grave es, en nuestro caso, cuando se hipertrofia el saber para el hacer (la técnica) y absorbe el saber para el saber (la ciencia y la Filosofía).

El *doctorado*, en el que se inscribe este curso, es teoría, no práctica; sin faltar a la modestia del socrático "saber que no se sabe", se pretende que seamos doctos, sabios. En nuestro caso, cuando más técnica es o se vuelve una profesión más difícil se hace efectuar un doctorado, pues éste apunta, fundamentalmente, al saber científico. Existe una tendencia, en la actualidad, a privilegiar el aspecto técnico de la abogacía en desmedro del científico ("cómo" hacer tal cosa, en vez de, v. gr., "por qué" hacer tal cosa). En el complejo de las profesiones jurídicas, la procuración apunta más al aspecto técnico, reservándose a la abogacía el aspecto científico, pero hoy aquella se encuentra prácticamente desaparecida y sustituida por esta última. La abogacía sólo "técnica" aleja del doctorado.

### *¿La Teoría General del Derecho es Filosofía?*

Una vez considerado el significado de la voz "teoría", vale referirse a la especialización de su contenido. La teoría referida particularmente al Derecho que pretendemos desarrollar ¿puede ser Filosofía? ¿pueden haber filosofías regionales?

Aunque Filosofía es lo que tengamos por tal, el gran reto conceptual surge de la "vocación de universalidad" que asignamos al saber filosófico. Se trata de un problema análogo al de la Filosofía "del Derecho":

Muchos filósofos no creen posible incluir en la Filosofía a los planteos regionales (estiman que sólo se trata de ciencia). Werner Goldschmidt lo admitía, basado en que, en

última instancia, la característica de la Filosofía (más que la vocación de universalidad en sentido estricto) es la profundidad.

Según Goldschmidt hay dos filosofías regionales, en nuestro caso, jurídicas (además de la Filosofía general, sin límites): a) la Filosofía Jurídica Mayor (de alcance mayor), que integra el objeto Derecho en el mundo en general, y b) la Filosofía Jurídica Menor (de alcance menor), que se limita al objeto. Aquí se halla la teoría de Kelsen y se encuadraría también la teoría trialista del Derecho (o teoría trialista del "mundo jurídico").

Creemos que la discusión no tiene mayor trascendencia, porque el saber vale como tal, colocado en uno u otro ámbito, pero reconocemos que si se aplica con gran rigor el alcance de la "universalidad", ni la "Filosofía Jurídica Menor" ni la Teoría General del Derecho serían Filosofía. En un tiempo de "superación de las fronteras" y luego de advertir que los límites del saber son contruidos, la discusión acerca de si un saber es filosófico o científico carece, a nuestro entender, de mayor relieve.

A menudo se ha considerado que la Teoría General del Derecho es un sustituto de la Filosofía del Derecho. Los positivistas lo pretendieron con frecuencia, construyendo la teoría general de lo jurídico desde la positividad y mediante el método inductivo, pero no alcanzaron la hondura y la consistencia que confieren los planteos filosóficos.

En síntesis: según la opinión de algunos autores la Teoría General del Derecho está en el escalón más alto de la ciencia y para otros se halla en el escalón más bajo de la Filosofía.

### ¿Qué significa teoría "general"?

Nuestra teoría pretende ser general respecto de lo jurídico, pero la voz "general" puede significar lo *común* a todos los fenómenos y lo *"aharcalivo"* de todos.

La perspectiva más tradicional de la "Teoría General del Derecho" se refiere a los ingredientes comunes a todo fenómeno jurídico, en tanto el enfoque que abarca a todo el Derecho ha sido denominado "Enciclopedia Jurídica". Sin embargo, a nuestro parecer el descrédito del "enciclopedismo" limitado a la acumulación de información ha hecho aconsejable utilizar las dos acepciones de la voz "general", incluyendo en la "Teoría General del Derecho" tanto lo común como lo que abarca a todas las "ramas del Derecho", entendidas como áreas jurídicas con características sociológicas, normológicas y axiológicas compartidas que adquieren rasgos especiales interrelacionados.

Los dos puntos de vista de lo general se enriquecen recíprocamente. El primer enfoque, referido a lo común, permite a su vez reconocer lo "particular", opuesto a ese sentido de lo general. y además se enriquece con la apreciación de los distintos despliegues evidenciados desde el punto de vista abarcalivo de todo el Derecho. El reconocimiento de lo abarcativo no sería cabal sino a la luz de lo común y lo particular.

La problemática común a todo el derecho es parcialmente compartida con otras materias como Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho y Metodología del Derecho.

En algunos medios la Teoría General del Derecho es identificada con la Introducción al Derecho, pero creemos que al menos el sentido "inicial" (no necesariamente enciclopédico ni propedéutico) de la Introducción al Derecho es un título de importante diferenciación.

Ya comparamos la Teoría General con la Filosofía del Derecho y, como su nombre lo indica, la Metodología centra su interés en el método, en tanto la Teoría General sólo lo tendría como uno de sus temas.

Entre las obras que exhiben la Teoría General como lo común a todo el Derecho cabe mencionar, como de cierto modo referimos, las célebres "Teoría pura del Derecho" y "Teoría General del Derecho y del Estado" de Kelsen.

Como modelo de un enfoque de lo general abarcativo mencionamos al "Sistema de derecho romano actual" de Savigny, obra que, como verdadero "clásico", conserva gran valor y merece la lectura de todo "doctorando". También la célebre "Enciclopedia Jurídica" de Enrique Ahrens.

El último gran vestigio académico de la visión global del Derecho fue la asignatura Derecho Romano. La ciencia del Derecho Positivo prevaleció sobre la ficción de la unidad. Así el Derecho Positivo se fue diversificando en distintas ramas o disciplinas. Hoy se nos hace necesario volver a reunir estas disciplinas en un enfoque integral, en una "complejidad pura".

Una de las perspectivas que incluiremos en esta "teoría general" abarcativa serán las relaciones entre las ramas jurídicas, que es el tema "general" que le suele faltar a la formación de grado y en realidad es imprescindible en el doctorado. Así descubriremos las relaciones entre las ramas jurídicas tradicionales y consideraremos otras nuevas llamadas a enriquecer los planteos tradicionales, como el Derecho de la Integración, el Derecho de Menores, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, etc.

Si no se tiene sentido del complejo, el conocimiento de alguna rama en particular no satisface el respectivo conocimiento del Derecho.

La Teoría General del Derecho debería enseñarse apoyándose en mucho en el *análisis de casos*, pues es en ellos donde lo común y el juego de las distintas ramas jurídicas se hace más evidente. La Teoría General del Derecho permite elaborar las *estrategias* y las *tácticas* del Derecho, cuyos problemas son a menudo dejados a la intuición.

### *¿Qué significa Derecho?*

El concepto de Derecho, como cualquier otro concepto, depende de qué pensarnos acerca de la relación entre el sujeto y el objeto del conocimiento.

Si consideramos que el sujeto "crea" al objeto de la nada, como lo sostiene el "Idealismo genético", cada objeto será 10 que cada sujeto individual o colectivo lo haga ser. De modo tal, que sería perfectamente admisible que unos dijeran que el Derecho "es" tal cosa y otros que "es" tal otra. A nuestro parecer, esta subjetividad radicalizada de la noción de derecho llevaría, en sus ultimas consecuencias, a un cuestionamiento de la misma posibilidad de la ciencia, también de la ciencia del derecho. En cuanto no podamos coincidir en lo que es el derecho será muy difícil que podamos tener un discurso científico acerca del mismo. La subjetividad total llevaría a una posición tan individual o tan colectiva, de cada momento, que impediría un dialogo más o menos científico en cuanto a que consideramos derecho.

Hay otra posición, "realista genética", que afirma que el objeto, en este caso el Derecho, es algo externo y configurado con características propias que se deben descubrir. Se da así lugar a una fuerte ontología acerca de 10 que es el Derecho. Aquí las posibilidades de objetividad y "científicas" aparecen mucho mayores.

La respuesta a esta pregunta "genética" posee amplia significación, pero nos parece que es imposible avanzar al respecto. La lógica encamina al idealismo cuando muestra como imposible "salir" de uno mismo para encontrar el objeto; el sentido común exhibe, de acuerdo con el realismo, que vivimos creyendo que hay objetos externos a nosotros. Aunque en última instancia compartimos el realismo, a nuestro parecer no cabe más que sostener una solución prescindente, que admita que el objeto es "*construido*".

No creemos posible demostrar que haya un fenómeno "Derecho", ni como creado ni como descubierto. Ante la imposibilidad de tal demostración, sea remitiéndose por ejemplo a las normas, a la realidad social o a los valores, estimamos que Derecho debe ser lo que tengamos por tal. Sin embargo, la construcción no ha de ser caprichosa y *valefundamentar* por qué la realizamos con uno u otro alcance.

Si se adopta la posición objetiva se abre una perspectiva de ciencia, pero esa postura tiene la desventaja de que cada uno se abroquelaba en una idea y al final se llega a una consecuencia parecida a la subjetivista. Entonces, entre un jusnaturalista que dice el derecho "es" al menos en parte Derecho Natural y un positivista que dice que el derecho "es" sólo Derecho Positivo, el diálogo se torna a menudo imposible. El constructivismo nos parece la posición más favorable al diálogo. Poniendo entre paréntesis la respuesta acerca de lo que el Derecho "es", se puede discutir acerca de lo que nos resulta esclarecedor considerar como tal. ¿Cuál es el ámbito a tratar como Derecho? ¿Qué resulta esclarecedor considerar Derecho y qué es lo que nos parece excesivo, por ejemplo porque confunde?

Como ya hemos señalado, creemos que siempre hay una realidad infinita a la que nosotros le vamos dando una concepción de un tipo o de otro (p.ej.: una placa de laminado plástico con un marco y un atril o, más bien, una pizarra, que es el concepto que para nosotros resulta más esclarecedor). Parece que Dios no hizo conceptos; los conceptos los

hacemos los hombres recortando el mundo (precisamente porque no somos omniscientes) y debemos hacerlos de la manera más esclarecedora posible.

Aunque es menos "fuerte" que en el objetivismo, la posibilidad de la ciencia también existe en el constructivismo.

### *El concepto de Derecho según Kelsen y la posición Irialisla*

Sobre todo a instancias de Hans Kelsen, en el siglo XX se ha desarrollado una gran corriente que ha considerado que el objeto de la ciencia del Derecho "son" las normas.

La ciencia kelseniana del Derecho se ocupa de normas, entendidas como relaciones de imputación dotadas de sanción. Kelsen trata de excluir la relación de causalidad y los valores, limitándose a nuestro parecer a la lógica jurídica. Procura una teoría pura del derecho que sirva para cualquier tipo de fenómeno jurídico y para "purificar" la teoría entiende que debe remitirse exclusivamente a las normas.

No es que Kelsen como persona se desinteresara de la realidad social o de los valores, sino que procuraba excluirlos de la ciencia del Derecho. A la primera la remitía a otras disciplinas, de carácter causalista (pueden ser la Sociología, la Economía, la Psicología, etc.). Excepcionalmente deslizaba, sin embargo, aperturas inevitables a la realidad social, por ejemplo, al decir que la norma tiene un marco de posibilidades dentro del cual el juez elige (dejándole a la realidad un espacio de movimiento) o cuando afirmaba que la norma hipotética fundamental que puede afirmarse se reconoce porque origina una pirámide que se cumple. En el planteo de Kelsen, el Derecho procura desentenderse de la causalidad respecto de un delito, un contrato, etc.; sólo debe interesarle qué se imputa, con sanción, al respecto. No se trata del ser, sino del "deber ser" con sanción.

Kelsen era un liberal que sostenía la subjetividad de los valores y la discusión científica al respecto le resultaba imposible, salvo que se llegara a algún acuerdo básico. Como no quería que el Derecho entrara en la Moral ni ésta en aquél, propició distinguir la imputación jurídica de la imputación moral incorporando otro ingrediente: la sanción. Si no hay sanción la imputación no es objeto de la ciencia del Derecho ni, básicamente, de ninguna ciencia.

Nuestra pregunta es, en este caso, si dicha propuesta resulta satisfactoria o puede ser mejorada. ¿Nos conviene, nos satisface la propuesta de Kelsen cuando construimos el concepto de Derecho? A nuestro parecer, nos conviene sólo en parte, es pertinente y esclarecedora, pero, nos resulta *insuficiente*.

Según nuestra opinión, debemos comprender en el objeto jurídico tanto a la norma como a las causas por las cuales ésta aparece y se desenvuelve como tal y su valoración (a veces positiva y otras crítica). De lo contrario, al ajustarnos sólo a la norma la estamos convirtiendo en instrumento especialmente idóneo de los detentadores del poder. Podría decirse que se trata de estudios "interdisciplinarios", pero a nuestro entender una supuesta



interdisciplinariedad siempre necesaria deja de ser tal. No afirmamos que el Derecho “es” *tridimensional*, pero sostenemos que es más esclarecedor construirlo con ese alcance.

¿Nos interesa, como juristas, saber cómo se originó la norma, a quiénes beneficia y perjudica? ¿Nos importa mucho saber siempre si la norma se cumple o no? ¿Queremos prescindir de nociones que están en condiciones de darnos al respecto la Sociología, la Economía, la Psicología, etc.?

Creemos que el reconocimiento de la relación normo-sociológica trae aparejada la referencia a valores, quizás podría decirse genéricamente el juicio “crítico”. Excluir la consideración valorativa del Derecho resulta insatisfactorio. Como creyente y realista genético, Goldschmidt sostenía la objetividad de los valores; tributario del idealismo genético, Kelsen sostenía que son, en cambio, subjetivos. A nuestro parecer, es imposible avanzar hacia lo que los valores “son”, pero nos es imprescindible construirlos y es importante tenerlos en cuenta en el planteo jurídico.

Estimamos que en el marco del Derecho el más alto valor a tener en cuenta es la justicia. No compartimos el jusnaturalismo apriorista, que termina en un “unidimensionalismo”, pero sí afirmamos el alto poder esclarecedor de este sentido valorativo del saber jurídico, referido principalmente al valor justicia.

Creemos claro que, en materia de valores, el esfuerzo básico es ponerse de acuerdo en alguna idea fundamental. Es cierto que tal vez no se pueda sostener ninguna fundamentación siquiera para la misma existencia del Universo, pero muchos de nosotros estamos en condiciones de acordar, por ejemplo, que la vida humana debe ser dignificada y desde allí es factible construir toda una dikelogía (ciencia de la justicia). Es más: aunque se prescindiera de los contenidos de la justicia es mucho lo que se puede avanzar en cuanto a su “lógica” (v. gr. respecto de los sentidos de las relaciones entre valores, las clases de justicia, la pantonomía y el fraccionamiento, etc.).

## **11. Los despliegues comunes y el complejo del Derecho**

### **a) La dimensión normológica**

#### **1) Las normas aisladas**

##### ***El concepto de norma***

La construcción del concepto “norma” está en profunda relación con la construcción que se efectúe del concepto “Derecho”. A un concepto de Derecho le corresponde un concepto de norma y viceversa. Así, por ej., los sostenedores del realismo jurídico suelen afirmar que el Derecho son sólo realidades sociales (v. gr. en “El Derecho como hecho” de

Olivecrona). Entonces la norma no es una relación de imputación sino una acción imaginaria a cumplir por personas en situaciones imaginarias.

En nuestro caso, de acuerdo con el tridimensionalismo de la teoría trialista del mundo jurídico fundada por Werner Goldschmidt, vamos a desarrollar una construcción sobre la base de entender al Derecho no solamente como norma sino también incluyendo la *realidad social* y los *valores*.

Según Goldschmidt, la norma es una captación lógica de la realidad social, de un "reparto" proyectado, hecha desde el punto de vista de un tercero (captación lógica "neutral" de un reparto proyectado). La norma desarrolla la razón con referencia a hechos que como repartos son adjudicaciones de lo que favorece o perjudica a la vida (potencia e impotencia) promovidas por seres humanos determinables.

Si queremos integrar las tres dimensiones vamos a partir de integrar dos de ellas: la norma es un juicio (es lógica) que capta la realidad del reparto y de la vida. Por esa vía, se abrirá mejor el camino de la consideración axiológica, que encuentra su principal oportunidad de ingreso en el funcionamiento de la norma.

Lo que de la realidad social le interesa a un jurista no es lo mismo que le importa a un sociólogo. Al sociólogo le interesa "agregar" datos sociológicos al conocimiento normativo y al conocimiento axiológico. Al jurista le importa qué es lo que va a tomar de la realidad social en relación con las normas y los valores. La adaptación de los conceptos para aprehender en lo social lo que se relaciona con normas y con los valores.

La norma así considerada no significa la claudicación ante hechos que pueden parecerse "disvaliosos", sino que la lucha contra esos hechos no debe plantearse dentro del terreno de la lógica sino que ha de estar primero en el terreno de los hechos y ser reconocida de ese modo. Si estamos disconformes ante una adjudicación debemos hacer un reparto para oponernos a ese hecho y no tratar de forzar lógicamente la realidad poniendo en las normas lo que verdaderamente no ocurre en la vida.

Goldschmidt afirma que la norma es una captación lógica, racional (una manera de pensar) y en esto coincide en cierto grado con Kelsen. Difiere del jurista austríaco en cuanto a la imputación y al fin en la referencia a la verdad normativa acerca de la realidad social. Goldschmidt coincide con Cossio en que la norma tiene una pretensión de verdad (de verdad sobre los hechos), discrepando ambos con los positivistas lógicos que rechazan esa proyección a la realidad social.

El trialismo construye su noción de norma tratando de vincularla necesariamente con la vida. Parte de la noción de captación lógica, racional (no fáctica), pero no se queda en la racionalidad: la "baja", la integra, en la relación con el reparto proyectado. El concepto goldschmidtiano de norma está construido tratando de que la norma sea siempre confrontada con la realidad social; creer que el Derecho es sólo norma le parecía insuficiente. Si

no se perfora el velo normativo para reconocer la realidad social, la normatividad puede ser un ocultamiento de esa realidad.

Lo que en Goldschmidt es un objetivo fundamental (la vinculación con la realidad) en Kelsen es una concesión a regañadientes, pues para éste lo fundamental es que el Derecho es norma. Para mantener vinculada, lo máximo posible, la norma a los hechos, la norma no tiene que captar un "deber ser", como en la teoría pura, sino un "*ser*" (o mejor dicho, un "será"). Por eso el trialismo afirma que la norma es la captación lógica de un reparto proyectado hecha desde el punto de vista de un tercero (cabe decir desde un punto de vista "neutral"). A diferencia del protagonista, el tercero puede asegurar que la consecuencia "será".

El concepto trialista de norma ha de ser diferenciado también del que propician los positivistas sociológicos (v. gr. ùlivecrona en "El derecho como hecho"), para quienes el Derecho es no más que hecho y entonces -como ya señalamos- la norma resulta con frecuencia no ya una imputación lógica sino la predicción de lo que va a ocurrir; una imaginación que predice fácticamente lo que va a suceder.

Asimismo, el concepto trialista debe ser distinguido de la concepción jusnaturalista apriorista, para cuyos partidarios la norma es una construcción del deber ser axiológico. En este caso, la norma "flota" en la valoración.

Goldschmidt ha construido un concepto de norma que abre el camino de la dimensión normológica a una esclarecedora relación con las otras dimensiones (despliegue *integrado*). No es una mera yuxtaposición (podría decirse un tridimensionalismo desarticulado). Un tridimensionalismo que propiciara un concepto de norma que no estuviera abierta a la realidad sería una yuxtaposición de dimensiones (una multidisciplinariedad) y no una integración de dimensiones. El desarrollo de una perspectiva trialista no sólo es "agregar" realidad social y valores a las normas, sino que es en alguna medida cambiar los contenidos internos de cada dimensión.

La consideración de otros elementos afecta lo que quedaría dentro si uno tomara una posición más reducida. No entenderemos por norma y no entenderemos por valor lo mismo que entenderíamos si adoptáramos una posición limitada unidimensional o bidimensional. En síntesis, se trata de "*una*" teoría general del Derecho y no de tres teorías, como suelen sostener algunos seguidores debilitados de Kelsen.

En la noción de norma no está todo el concepto de Derecho (como sucede en el unidimensionalismo normológico e incluso en el tridimensionalismo normativista); está "reflejado" el concepto de Derecho. Asimismo, cuando decimos que los repartos son captados por normas y valorados por la justicia aquí también, en las nociones de repartos y de valoraciones de la justicia, esta reflejado el Derecho. Ninguna de las dimensiones y sus nociones es autosuficiente para excluir a las otras y dar cuenta de todo el Derecho.

La teoría trialista del mundo jurídico y su construcción del concepto de norma cons-

tituyen una "*complejidad pura*" de las tres dimensiones del Derecho, no una "simplicidad pura" que lo mutila ni una "complejidad impura" que las mezcla.

### *Las funciones de las normas*

#### *La descripción de la realidad social por las normas*

¿Que consecuencias tiene la noción trialista de norma con respecto de la relación con la realidad social? Las principales consecuencias son:

a) Como la norma capta un reparto proyectado, su primer contacto con los hechos es con la decisión de quien dispone el reparto (de quien es repartidor). La norma nace de una voluntad de conducción, de la voluntad de repartir (como consecuencia, es necesaria en su momento la interpretación de esta voluntad). Por tal motivo, la "*fidelidad*" a la voluntad de quien la hizo (en su finalidad última y no en su intención) es una cualidad que debe tener toda norma para no "despegarse" de la vida.

b) A su vez, para que la norma no tienda a flotar (como un "deber ser") se requiere que posea "*exactitud*" en la referencia al hecho a realizar, es decir, que se cumpla (la norma dice que la consecuencia "será" y así ha de ocurrir).

La norma es una lógica que está referida al "hecho" y por este motivo se adhiere al hecho debidamente si es fiel y es exacta.

Tomando como ejemplo el art. 18 de la C.N. en su párrafo que dice "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella•..." la norma debe ser comprendida tanto en lo que quisieron los constituyentes (fidelidad) como en que las cárceles realmente son sanas y limpias (exactitud).

Las ideas de fidelidad y de exactitud de la norma son toda una definición de una manera de entender el derecho (normosociológica, hasta ahora). A Kelsen la fidelidad no le es significativa y la exactitud no se le plantea con esa agudeza. Sólo le interesa la exactitud si la norma pierde vigencia por ser derogada por derecho consuetudinario contrario.

Hemos llegado a un punto en que debemos desarrollar una posición acerca de si la norma tiene o no una pretensión de verdad.

Cuando vivimos el Derecho como profesionales, jueces, legisladores, administradores y particulares o como profesores tenemos que poseer necesariamente, al menos implícita, una construcción del concepto de "Derecho" que, a su vez, traerá aparejada, también necesariamente, una construcción de la noción de norma. Siempre vivimos el Derecho con más referencia al plano de la abstracción normativa o al de la concreción social. La verdad de las normas es una perspectiva imprescindible para la integración normosociológica, aun-

que quizás sea posible construir una verdad axiológica respecto de los valores de los reparatos y las normas que los captan.

### *La integración de la realidad social por las normas*

Según acabamos de considerar, las normas describen la realidad social, pero creemos esclarecedor indicar que al propio tiempo la integran, incorporándole claridad y sentidos que no tenía y en función de los cuales en principio vivimos. Al conceptuar, por ejemplo, la vinculación de una pareja como "matrimonio", la norma no sólo refleja la vida sino que la cambia, le da nitidez y le insufla sentido. Desde entonces se sabrá mejor en qué consistiría la relación y se pensará que en ella hay cualidades de lealtad, solidaridad, etc. que quizás no existan. En principio se vivirá en función de esas características.

Un ejemplo impactante de la fuerza integradora de las normas puede ser el de santo Tomás Becket quien, designado arzobispo de Canterbury por influencia de Enrique II de Inglaterra respondiendo a la aspiración real de dominar a la Iglesia, asumió su desempeño con tal independencia que fue asesinado al pie del altar por los cortesanos del rey.

Sin embargo, las normas integran la realidad social pero no son mágicas; es cierto que una norma puede cambiar de cierto modo la vida, pero el camino normal para ello es que el reparto se realice y no esperar que el "concepto" la cambie, con consecuencias que suelen ser contraproducentes. Los graves desajustes de la hiperinflación son una muestra de esto.

En la función integradora de las normas se juega su "*adecuación*" a los fines de los autores. Es importante, por ejemplo, saber si para reflejar la realidad social querida y a cumplir respecto de una relación es adecuado el concepto "matrimonio" o el de "pareja", "concubinato", etc.

### *Las funciones de las normas en el complejo jurídico*

En el *complejo jurídico*, las normas pueden tener distintos alcances de fidelidad, exactitud o adecuación según las diversas ramas de que se trate. Existen ramas más "ideológicas" en el sentido de ocultamiento de la realidad, como suele ser el Derecho Penal, donde la exactitud de las normas de garantía es a menudo muy baja, y otras ramas más realistas, como el Derecho Civil de los Contratos, en el que el régimen capitalista juega la hora de su verdad. En ciertas circunstancias, como las del régimen de familia argentino antes de la nueva ley de matrimonio civil que reintrodujo el divorcio vincular, el Derecho de Familia puede ser también significativamente inexacto e incluso inadecuado.

## *La estructura de las normas*

La realidad es muy compleja. ¿cómo vamos a construir la captación lógica normativa? ¿cómo se va a tratar de que la realidad sea captada de la manera más completa posible? ¿qué es lo que pasa en un reparto, en una conducción, y la norma debe reflejar?

Toda captación de una conducción tiene que tener dos referentes: un punto de partida y un punto de llegada. Por eso, dada la pretensión de reflejar la adjudicación surgida de la conducción, toda norma tiene que poseer un *antecedente* y una *consecuencia jurídica*. En el antecedente se capta un hecho, un caso, un problema y en la consecuencia se capta la solución.

A su vez, en todo caso y en toda solución hay sentidos positivos y negativos, que deben estar respectivamente presentes y ausentes para que la norma funcione, y con ellos se constituyen las *características positivas y negativas* del antecedente y de la consecuencia jurídica.

### **NORMA**

Antecedente PROBLEMA		Consecuencia jurídica SOLUCIÓN	
Características positivas	Características negativas	Características positivas	Características negativas

Hay disposiciones que nos ayudan a captar el reparto (p.ej.: el homicidio simple en el Código Penal-art. 79- "Será reprimido con oo.", el art. 34 del mismo Código, etc.). Las disposiciones nos ayudan a la captación lógica, pero no son la norma. Esta es la construcción lógica ("Si un hombre diera muerte a otro -e. p. del a.- y no fuera en legítima defensa, por obediencia debida, etc. -e. n. del a.-, será la reclusión o prisión del matador de ocho a veinticinco años -e. p. de la C.-, a no ser que mediaren indulto, conmutación, etc. -e. n. de la c.-").

La lógica de un reparto es muchas veces más complicada que la disposición de referencia.

Del conocimiento y utilización de estas características positivas y negativas en la correcta construcción de la norma depende en gran medida la actuación plena del jurista.

### *Los niveles de abstracción o concreción de las normas (clases de normas)*

La norma puede captar repartos planteados en distintos niveles de abstracción o concreción. En relación con ellos se desenvuelve la principal clasificación de normas generales e individuales.

Si hay un alto nivel de abstracción, porque nos referimos a casos futuros y, por lo tanto, abstractos, la norma tiene una lógica diversa que si hay un nivel de concreción, porque nos referimos a casos pasados y por lo mismo concretos.

Normas generales (o hipotéticas) se presentan habitualmente en las leyes (cuando contemplan casos futuros). La lógica de la ley se expresa "Si fuera A, entonces C". Sin embargo, cabe distinguir la norma general propiamente dicha (cerrada, que no deja entrar otro caso, p.ej.: la de la ley penal liberal), de la norma generalizada (abierta, que permite entrar otro caso). Los niveles de abstracción son en el primer caso mucho mayores.

La norma general es una conquista de la capacidad de abstracción del Derecho y surgió luego de una larga evolución, en mucho merced al liberalismo penal que obligó a construir tipos cerrados ("nullum crimen, nulla poena sine lege"). En la normatividad general se realiza el valor "predecibilidad".

Las normas individuales (categóricas) se presentan habitualmente en las sentencias, en las resoluciones administrativas. La lógica de la norma individual se expresa "Dado A, será C". Aquí se realiza el valor "inmediatez".

En un nivel intermedio entre las normas individuales y las generales se encuentran las meramente "*generalizadas*" que, si bien se refieren a casos futuros, dejan abierta la posibilidad de que se agreguen luego casos ya sucedidos.

No hay que confundir las normas generalizadas, que permiten la incorporación de otros casos, con las normas indeterminadas, a las que les falta precisión o reglamentación, ni con los principios generales de normas, que deben ser desarrollados.

Hasta tanto se logró el nivel de abstracción de las normas generales, con tipos cerrados, la predecibilidad estuvo a cargo (de modo relativamente claudicante por la incorporación de casos sucedidos) de las normas meramente generalizadas.

La lógica jurídica es más equilibrada cuando cuenta con los dos niveles, pero se completa cuando la abstracción llega a lo concreto. No hay que pervertir ni la abstracción y la predecibilidad ni la concreción y la inmediatez. Este es uno de los motivos por los que se han de respetar los papeles respectivos del legislador y del juez. Cuando éste se aleja de la consideración de los casos en los que debe realizar la "inmediación" desvirtúa su función.

### *Las clases de normas en el complejo jurídico*

En el complejo de las ramas jurídicas, es notorio que las hay más validas de la generalidad y la abstracción, como sucede en el Derecho Penal liberal, con miras a hacer predecible la actitud de los gobernantes, y otras más instrumentadas por vías de concreción e inmediatez, como el Derecho Procesal, el Derecho de los Contratos, etc.

## *Las fuentes de las normas*

También todo estudio sobre las fuentes del Derecho está sujeto a la concepción de "Derecho". Las teorías de las fuentes resulta esclarecedora para saber qué es lo que se entiende por "Derecho". Un complejo de fuentes significa un complejo jurídico, y una perspectiva importante de la Historia del Derecho y del Derecho Comparado es la que se puede desarrollar a través de las fuentes.

El manejo de las "fuentes" no sólo asegura saber dónde estamos sino que también nos permite saber cómo actualizamos, cómo mantenemos informados respecto del mundo jurídico. Si nos desconectamos de las fuentes nos desconectamos de los fenómenos.

## *Las fuentes reales*

La cuestión de las fuentes de las normas despertó durante siglos numerosas discusiones, a menudo como consecuencia del intento de manipular, escamotear la realidad del problema, con objetivos de dominación que se extienden a todo el Derecho.

\* El ensayo más antiguo procura mostrar al Derecho y a las fuentes como un *productio divino*. A nuestro parecer, es una confusión -presumiblemente a menudo intencionada- de lo religioso con lo jurídico, que tiende a sacralizar al poder. El Derecho, que no había sido puesto por el hombre, sino al fin por el dios o los dioses, no podía ser discutido (así sucedió entre los judíos, griegos, egipcios, etc.). Esta concepción subsiste en el Islam, por imperio del Corán y, en alguna medida, también en la India tradicional.

\* La *desacralización* del Derecho y de las fuentes es una fuerte tendencia en Occidente. Pese a ciertas ideas confusas sobre el origen del sistema, la democracia ateniense es una muestra cotidiana de que podía haber un Derecho no hecho por los dioses sino por los hombres.

\* La *desacralización* del Derecho posee una muy relevante expresión en el propio *cristianismo*, en mucho en base a las palabras del mismo Jesucristo ("Mi reino no es de este mundo ....., "Dad al César lo que es del César ya Dios lo que es de Dios" ...).

\* Entre los padres de lo que sería la aproximación occidental "continental" del Derecho con la razón, a la que se atribuyó el origen de las normas, se encuentran *los estoicos*, cuyas ideas se centraban en el dominio de las propias pasiones y el imperio de la razón. El estoicismo tuvo gran influencia en la cultura jurídica romana y también penetró en el cristianismo, por ejemplo, a través del dominio de las pasiones y de la valoración de la pobreza, aunque a veces en conflicto con la superación de la ley pretendida por Jesús.

\* La Edad Media presenta una relativa "re-sacralización" del Derecho, evidenciada, por ejemplo, en la construcción tomista. La creencia en una jerarquía de *Ley Eterna*,



*Ley Natural y Ley Humana* es una clara expresión al respecto. Para el tomismo la Ley Humana es tal por derivación de la Ley Natural y ésta, a su vez, es una parte de la Ley Eterna, el plan con que Dios hizo al mundo, que es la fuente inicial. La teoría de las fuentes que surge de la jerarquía de las clases de Ley de Santo Tomás es una muestra de la relativa apertura de la concepción religiosa del mundo al despertar del mundo capitalista que se producía en el siglo XIII.

(El recopilador del texto básico acota la subsistencia actual de los Diez Mandamientos como fuente en el inconsciente colectivo)

\* Paradójicamente, la desacralización de las fuentes tuvo entre sus protagonistas a un filósofo y teólogo profundamente creyente: *Juan Duns Escoto*. Para afirmar el reconocimiento de la omnipotencia de la voluntad divina, que no puede ser limitada por la razón, el "voluntarismo" de Escoto abre el camino al positivismo.

Lo que Dios "pone" es Derecho y es bueno porque Dios lo pone. Si Dios nos hubiera mandado matar o robar, eso hubiera sido bueno porque Ello mandaba. Al debilitarse la referencia a Dios, el voluntarismo divino se convirtió en voluntarismo humano y así se elaboró el gran soporte en el que se apoya el posterior positivismo occidental. El Derecho debe ser porque lo ponemos los hombres.

De cierto modo, el Idealismo tiene una afinidad "positivista": las fuentes de las normas son la positividad humana, pero también hay fuentes de lo valioso que, al menos Goldschmidt, consideró básicamente no humanas. En el constructivismo que utilizamos nosotros hay una "positividad" general débil, pero en modo alguno referida sólo a las normas. No negamos que haya una objetividad de los valores, sólo creemos que no es posible abrir juicio respecto de ella.

\* En un gran esfuerzo emparentado con el espíritu del Renacimiento, *Maquiavelo* separó la política de la Moral y, por lo tanto, en gran medida, también apartó al Derecho de la Moral, antropologizando el origen de las normas.

El Renacimiento es la gran "revancha" de Grecia y Roma contra el judeo-cristianismo. Las dos tendencias, sobre todo la griega y la judeo-cristiana, son vertientes tensas de la cultura de Occidente, evidenciadas asimismo en el Derecho y en sus fuentes. El Derecho Canónico es un intento de síntesis de lo romano y lo judeo-cristiano de alta significación.

\* En la Edad Media, la monarquía no respondía a reglas humanas sino a reglas divinas y los reyes eran relativamente "jueces" encargados de su aplicación, pero la Edad Moderna acompañó el nacimiento de los Estados con el absolutismo del derecho divino de los reyes.

En alguna medida, la Edad Moderna concluyó cuando acabó la idea de la monarquía de derecho divino. Por distintas vías modernas, de la filosofía alemana heredera del giro

"melanchtoniano" de la Reforma luterana, y de la cultura francesa, la *razón* ganó espacio. En la Revolución Francesa se remitieron las fuentes a la razón.

El Código Civil francés, producto culminante de la razón burguesa imperante en la Revolución Francesa ("Código Napoleón"), era considerado la "*razón mandada*". Aunque no fue un "invento" y respetó los cursos históricos de Francia, el gran sueño de Napoleón de que su Derecho rigiera en la feudal y euroasiática Rusia es toda una definición, a nuestro juicio errónea, en materia de fuentes del Derecho. Paradójicamente, el triunfo del "Derecho particular" en la codificación fue además la referencia de la dramática proyección universalista napoleónica.

La pretensión exegética de someter absolutamente la sentencia a la leyes clara muestra del anhelo de la burguesía que había conquistado el poder de imponer su concepción económica y jurídica. La referencia al Derecho Natural sólo estaba permitida al legislador burgués.

\* En forma diferente al concepto de que el Derecho es un producto de la razón, Savigny dice que es un resultado del espíritu del pueblo que se manifiesta en la *historia*. El Derecho es para él un producto "positivo" (puesto por la comunidad colectivamente considerada), convirtiéndose así en uno de los grandes propulsores del positivismo contemporáneo. Compartimos la creencia de que con Savigny nace la actual teoría de las fuentes de las normas y del Derecho, en el despliegue positivo y en el de la doctrina jurídica.

La polémica de Savigny con Thibaut y el conflicto entre el Código Civil de modelo francés de Vélez Sársfield (entrado en vigor en 1871) Y la cultura más hispánica e histórica del "Martín Fierro" (cuya primera parte aparece en 1872), se refieren en gran medida a estas cuestiones de las fuentes del Derecho.

\* La diversidad entre el Derecho "*continental*" romano-germánico, más apoyado en la ley y el "*common law*", referido a los pronunciamientos judiciales respecto de un "derecho común", es otra muestra de la riqueza y la alta significación de la teoría de las fuentes.

### *Las fuentes del Derecho según la construcción trialista del mundo jurídico*

Creemos que si el Derecho es considerado tridimensional habrá que admitir que algunas serán las fuentes de las normas (dimensión normativa), otras las fuentes de los repartos (dimensión sociológica) y otras las fuentes de la valoración (dimensión dikelógica).

No hay que confundir *las fuentes de las normas*, o sea el origen de las mismas, con *las fuentes del Derecho*, que incluyen además las fuentes del ordenamiento normativo, las fuentes de los repartos y del orden de los repartos, las fuentes de la justicia y del complejo axiológico y la justicia en todos los orígenes jurídicos referidos.

En este lugar del curso vale referirse a *las fuentes de las normas*. Entendemos que la *fuentes real* de las normas (sea en la Constitución, en el Código Civil, en los contratos, etc.)

no es la voluntad divina ni la razón sino el *reparto*; las normas son puestas por hombres (de esta creencia suele nutrirse el linaje positivista que a veces se atribuye al trialismo).

Las fuentes reales de las normas (es decir, el origen de las normas) que utilizamos en la solución de los casos, se encuentran en la realidad de la vida; se hallan en el obrar de los hombres (no en el obrar divino ni en la razón). La concepción trialista es una manera "desacralizada" y "desracionalizada" de ver las fuentes de las normas. Esto no impide hablar, en otro sentido, de fuentes de normas de la dimensión axiológica (a nuestro parecer, podría decirse de la valoración —o incluso la crítica— del Derecho).

Lo que hay que evidenciar, es decir, poner de manifiesto para conocer el origen de las normas, son los repartidores (quiénes pusieron la norma), los beneficiarios que quisieron favorecer o perjudicar, qué les quisieron adjudicar, cómo llegaron a establecerlo, por qué lo hicieron, etc. e incluso se ha de saber cuáles fueron los resultados.

Además de la realidad "*material*" de las fuentes, que está en los repartos mismos, hay fuentes reales "*formales*", que son "autobiografías" de los repartos (v. gr. Constitución, ley, decreto, contrato, etc.).

### *Las fuentes en particular*

Las fuentes formales, "autobiografías" de los repartos hechas por los propios repartidores, constituyen compromisos de reparto que se estructuran de distintas maneras, con características más o menos *participativas* en cuanto al origen, con mayor o menor *rigidez oflexibilidad* para el cambio y con mayor o menor *elasticidad* para responder directamente a las variaciones sociales.

De cierto modo, las fuentes "viven", no son indiferentes a los cambios (están sujetas a la evolución histórica, por ejemplo, la burguesía europea continental adoptó la ley en desmedro de la costumbre).

Las fuentes formales son a veces meros *espectáculos* destinados a aparentar y no a cumplirse y en otros casos son medios de *propaganda* que tienden a convencer de lo que se debe hacer. Varios enunciados del artº 14 bis de la Constitución Nacional (salario mínimo vital móvil; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; acceso a la vivienda digna, etc.) ocupan lugares dudosos entre el espectáculo y la propaganda.

### *La Constitución formal*

La constitución formal no debe ocultar la constitución material y ambas han de ser diferenciadas de manera nítida. Como lo evidencia Lassalle en su magnífico pequeño libro "¿Qué es una constitución?", la verdadera constitución de un país es la constitución material, el juego de los factores de poder.

La primera *constitución forma!* fue la estadounidense (1787), la segunda fue la francesa (179'). Cabe tener en cuenta, por ejemplo, que la constitución estadounidense es reflejo de una circunstancia histórica: la imposibilidad de las costumbres del reino inglés para cimentar la base de un nuevo país. Se basa en la tradición inglesa expresada en términos republicanos.

Pese al sentido predominantemente realista de Alberdi, que comprendió las relaciones entre la Constitución y el resto de la vida del pueblo, la Constitución argentina, que siguió al modelo americano, con sentido de cumplimiento de pactos preexistentes, tuvo grandes dificultades para hacerse exacta, sobre todo en cuanto a la parte orgánica. Como la Constitución trata de temas muy importantes, es relativamente rígida y requiere para su modificación una gran cuota participativa que en principio se pensó difícil de reunir (art. 30 C.N.). Asimismo cabe señalar que nuestra Carta fue quizás excesivamente elástica, permitiendo la implementación de regímenes que incluso en algunos casos no estuvieron de acuerdo con su espíritu.

La reforma constitucional de 1994 está vinculada al Pacto de Olivos y al sentido de la razón de algún modo "débil" de la postmodernidad. La participación que se pensó difícil fue obtenida con relativa facilidad.

Al hablar de la constitución como fuente real de normas es interesante atender al actual proceso de "constitucionalización" material e incluso a veces formal de la globalización que, aunque a veces promovido por las Naciones Unidas (v. gr. en la Convención de Naciones Unidas sobre la Compra y Venta Internacional de Mercaderías), puede entrar en conflicto con los rasgos de esta institución como culminación de la internacionalidad clásica.

Al entrar en prensa estas Lecciones se está produciendo cierto "golpe de Estado" contra la perspectiva institucional de la "preestatalidad" internacional que significan las Naciones Unidas por la intervención armada de la OTAN en la ex Yugoslavia, que invoca una interpretación de los derechos humanos.

## *La ley*

También en el caso de la ley existe una estrecha relación entre la concepción de la ley y del Derecho.

*Santo Tomás de Aquino* tenía un concepto de ley de proyecciones ontológicas y metafísicas, que reflejaba su concepción en alguna medida teocéntrica del Derecho. Para el autor de la "Suma Teológica", leyes una ordenación de la razón tendiente al bien común promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad. El concepto tomista refleja, en cierta mezcla, las tres dimensiones del Derecho. La ordenación de razón es un *imperativo* (algo impuesto) racionalizado (p.ej.: no se manda volar a un perro, se relacionan medios con fines) (elemento sociológico). La promulgación es el despliegue formal (normológico). La tendencia al bien común y el cuidado de la comunidad son el sentido de

valor (elemento axiológico). Si lo dispuesto no es justo, no es verdadera ley (vale recordar que la ley humana, para Tomás, es una derivación de la Ley Eterna y la Ley Natural).

La noción tomista de ley consagra un alto grado de identidad entre la ontología y la axiología, de raíz metafísica (el verdadero ser es bueno porque Dios, que es el Ser, es bueno). Debe ser entendida dentro del contexto histórico de feudalismo, de comienzos del capitalismo y de religiosidad católica en que se desenvolvió.

El gobernante medieval no tenía una constitución formal que lo limitara, pero vivía en una trama cultural que restringía sus posibilidades de omnipotencia. Esa trama cultural era formada sobre todo por la religión. El gobernante era el cuidador que, como un juez, cumplía con la Ley Eterna a través de la Ley Natural y de la Ley Humana.

Según *Montesquieu* ("El espíritu de las leyes", 1748), las leyes son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas. La naciente conciencia sociológica, vinculada al desarrollo del estilo de vida de la modernidad, aquí es evidente. Las leyes surgen de cada realidad física (climática, del terreno, etc.), de carácter, económica, religiosa, etc. Ese era al fin el "espíritu" del cual hablaba.

El vocablo "ley" se utiliza tanto para la ley de la naturaleza como para la ley de los hombres por influjo del estoicismo, una filosofía que margina la circunstancia, la particularidad, lo concreto y que se proclama universal, eterna y ciudadana del mundo.

A diferencia de los enfoques precedentes, proponemos utilizar la noción de ley que corresponde a nuestro concepto de fuentes, en el cual la fuentes formales de las normas provienen de los repartos. La ley, en este sentido, es una manera en que ciertos repartidores, que reciben la función de hacer leyes, autobiografían su voluntad. Estos repartidores son los legisladores, a quienes habilitamos los propios seres humanos.

Ley, en un sentido simple, es la autobiografía del reparto que decide quien ejerce el *poder legislativo*; es una manifestación de la voluntad del poder legislativo. Esta es una noción positiva de ley, por lo tanto, puede haber leyes justas o injustas.

En la correlación entre los distintos tipos de fuentes y las materias que resuelven, las leyes son destinadas en principio para cuestiones de importancia menor que las constitucionales, pero mayor que la de los decretos, las resoluciones administrativas, etc.

Son materias cuya relevancia exige un procedimiento complejo que permitirá desarrollar un equilibrio entre la participación del pueblo (Diputados) y de cierto modo de las provincias (Senado) pero que, a su vez, no hace viable el detalle de lo concreto (p.ej. más posible en los decretos reglamentarios, las resoluciones, las sentencias, etc.).

A medida que una fuente como la ley se vuelve mas rígida (debe ser por la importancia del tema que abarca) simultáneamente se desentiende de la urgencia que a veces

apremia la toma de decisiones. En países como el nuestro, cabe reconocer la tradición presidencialista, que tiende a limitar el papel del Congreso. Además el debate intenso en los órganos parlamentarios puede hacer que las leyes resulten no sólo lentas sino excesivamente afectadas por las posiciones partidistas.

La "ley" es el resultado de una visión del mundo demasiado vinculada a la modernidad continental, que hoy va cediendo ante otra postmoderna, donde la utilidad impone premuras que desbordan las posibilidades legales, la regularidad pierde importancia y el Estado se reduce y se privatiza. La ley, junto al Estado "moderno", entra en crisis frente a la empresa, el contrato y el tratado (este último, por la gran transformación del mundo internacional que se integra y globaliza).

Pese a los esfuerzos para acelerar los trámites, esas realidades son características que van determinando actualmente un grado creciente de decadencia del protagonismo de la ley y, como prueba de ello, vale leer el "Boletín Oficial de la República Argentina", donde la importancia de las cuestiones resueltas por las leyes suele discrepar con el prestigio que tuvieron y el papel que les asigna la jerarquía constitucional.

Ese proceso no excluye que en los marcos de la globalización y la integración, ya se esté planteando la idea de formar códigos (superadores de tratados) de aplicación internacional (por ejemplo, un código de los contratos para aplicar en la Unión Europea).

Las leyes nacionales argentinas se comenzaron a dictar en 1852/ 3. La numeración correlativa significa que la importancia perdurable de las cuestiones resueltas en ellas justificaba que se mantuviera el orden. Sin embargo, la ley Nº 1 es de 1862 (corresponde a una situación de facto, donde se le encomienda al gobernador de Buenos Aires general Bartolomé Mitre el ejercicio del Poder Ejecutivo de la Nación). En una muestra cabal del predominio de Buenos Aires, las leyes dictadas hasta ese año tienen una individualización por fecha y un orden de numeración propio como "del Congreso de la Confederación" o "de Paraná" (también cabe citar las leyes del Congreso General Constituyente reunido en Santa Fe).

Las leyes emitidas por gobiernos militares que se atribuyeron la facultad de emitir las y los decretos-leyes de gobiernos de facto son otras manifestaciones de las fuentes legislativas como testimonio de la a menudo difícil historia jurídica del país. La barra seguida de la indicación anual, que se ha pretendido agregar a la designación de las leyes dictadas por los gobiernos militares, ha sido un recurso crítico al respecto.

Actualmente en el panorama general de las fuentes formales nacionales vale tener en cuenta la ley del Digesto Jurídico Argentino (Nº 24.967). Todas las leyes argentinas serán reorganizadas y redesignadas. Van a poseer una individualización mixta (letra y Nº) divididas por materias, lo que supone la penetración de un sistema conceptual en el orden y, para algunos, una dispersión de la estructura legal.

### *El decreto*

Los decretos del poder ejecutivo son, teóricamente, decisiones a cuestiones menos importantes y más urgentes que las de las leyes. Pese a que a veces se exige que sean dictados o refrendados de manera calificada, en general por el trámite de su emisión son más flexibles que las leyes. Con motivo de su cantidad y de tratarse de cuestiones más perecederas, los decretos se numeran por año y por presidencia; asimismo, para afirmar su racionalidad, a diferencia de las leyes van precedidos de "considerandos".

La urgencia de lo concreto, a menudo la urgencia de las decisiones económicas y la aceleración histórica provenientes del mundo capitalista, han llevado a que el decreto avance e, incluso, pretenda colocarse casi al mismo nivel que la ley, a punto tal que la reforma de la Constitución hecha en 1994 termina admitiendo los decretos de necesidad y urgencia.

En el capitalismo actual el poder ejecutivo se ha convertido en el "gerente" del Estado, que a su vez es concebido con rasgos de sociedad anónima. Por la propia función resulta conveniente que tenga menos límites que los tradicionales, ya que de lo contrario la "empresa" sufriría un funcionamiento lento y engorroso.

El párrafo segundo del punto 3 del artículo 99 de la Constitución Nacional, que establece que el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo y el párrafo tercero del mismo punto, que habilita los decretos de necesidad y urgencia, son una muestra de las relativas contradicciones de la cultura constitucional argentina.

### *La resolución administrativa*

En el Estado actual las resoluciones de la administración tienen una importancia creciente, donde está reflejada gran parte de la vida de este tiempo. Como una expresión del estilo de la cultura de hoy son con frecuencia ámbito de limitada racionalidad y de la actividad de los hombres de la economía, en mucho de los contadores. El marco de las resoluciones administrativas suele ser un espacio de muy limitada transparencia de la vida del Estado.

### *La sentencia*

Aunque mucho se discutió sobre su papel en el Derecho, sobre todo en el clima de autoridad de la escuela de la exégesis, la sentencia es una gran protagonista de este tiempo. Sus normas, dirigidas en principio a casos concretos, deben realizar el valor inmediatez pero, por ejemplo cuando se trata de plenarios vinculantes, se refieren a casos futuros y en esta medida han de satisfacer el valor predecibilidad. El carácter "bivalente" de estas sentencias hace particularmente tensa su elaboración.

En nuestro medio, la sentencia tiene *vistos* y *considerandos*, que se refieren a los hechos (dimensión sociológica) y a las normas y los valores (dimensiones normológica y

dikelógica), de modo que la parte resolutive se presenta como una síntesis de los tres despliegues del Derecho. Dada su vinculación con lo concreto, parece razonable que si bien posee un número de protocolo, la sentencia se individualice por el tribunal y la fecha en que fue dictada y por el nombre de las partes de la litis.

Hoy la sentencia se enfrenta a ciertos desbordes de la cultura postmoderna: por una parte, gran parte de las decisiones de nuestra cultura llegan a ella luego de un "pre-juicio" en los medios de comunicación de masas que resulta muy difícil de cambiar; por otro lado se pide que las sentencias resuelvan cuestiones que exceden el marco tradicional de los tribunales judiciales.

En general, el papel de la sentencia es importante en el desarrollo del capitalismo; no obstante, los sectores muy altos y los sectores muy bajos de la sociedad están apartados de la intervención del poder judicial.

El *laudo arbitral* está, a su vez, avanzando sobre la sentencia. Representa otros intereses en juego, otra manera de ver las fuentes y otra racionalidad, que son más acordes con ciertos despliegues del capitalismo.

### *El tratado internacional*

Los tratados se celebran sobre todo entre Estados. Como no tenían manera de vincularse por "arriba" los Estados lo hacían horizontalmente, de modo semejante a un "contrato". Los tratados internacionales se desarrollaron sobre la fuente originaria del Derecho Internacional Público, que es el derecho consuetudinario internacional. Dada la gran importancia de las cuestiones en juego, los tratados requieren tradicionalmente un trámite muy complejo, que incluye etapas de discusión, firma, aprobación, ratificación y comunicación de la ratificación.

Sin embargo, a medida que la economía y la vida toda desbordaron los moldes estatales, la internacionalidad se fue formalizando cada vez más y se desarrollaron la integración y la globalización, que han modificado e incrementado de modo sorprendente el papel de los tratados.

Vale tener en cuenta que en algunos países, como el nuestro, los tratados poseen jerarquía formal superior a las leyes. Existen tratados que suplen la carencia de una Constitución Mundial o Regional, ya que presentan características constitucionales. Vale citar al respecto los Acuerdos de Marrakech constitutivos de la Organización Mundial del Comercio, la formación de la Carta de las Naciones Unidas, los Tratados de la Unión Europea, el Tratado de Asunción e incluso la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (tratado sobre tratados). Aunque existen riesgos considerables en zonas conflictivas como Irak o los Balcanes, parece que los tratados van adquiriendo tanto protagonismo que quizás estén construyendo la estructura-base de un mundo nuevo.



La intervención de la OTAN en Serbia producida en 1999, marginando los cauces institucionales de las Naciones Unidas, puede evidenciar no sólo una nueva estructura de los factores de poder, sino una crisis de los tratados de la internacionalidad clásica, de cierto modo por el imperio de los hechos de la globalización, escudado en un tratado regional. Podría decirse que la perspectiva dogmática de la internacionalidad en cuanto a derechos humanos es invocada contra la institucional, abriendo camino a la globalización.

En nuestro país el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional ha provocado el "estallido lógico" de la Constitución a través de numerosos tratados y declaraciones que, al tener jerarquía constitucional, dan a nuestra Carta ciertos caracteres "difusos".

### *El contrato*

Aunque a veces se le exigen formalizaciones especiales, invocando la necesidad de resguardar algunas materias, el "con-trato" es por sí una fuente de elaboración relativamente flexible. Para comprender su obligatoriedad última vale tener en cuenta la gran discusión acerca de su relación con la "ley" y, a su vez, la polémica respecto al valor vinculante de la voluntad de las partes o del juego concurrente con el equilibrio de las prestaciones.

Es importante tener en cuenta que, respecto al origen mismo de la sociedad y del gobierno, existen concepciones "pactistas" y "organicistas" y, en unas y otras, el valor de los contratos es más básico o derivado. Es comprensible que en la postmodernidad, en concordancia con sus referencias al menos pretendidamente "contractualistas", el papel del contrato se haya incrementado de modo destacado, aunque a veces se agregan remisiones al equilibrio debido de las prestaciones.

La idoneidad del contrato como fuente de repartos autónomos se ha visto, no obstante, reiteradamente cuestionada, por ejemplo, por las crisis de los contratos de trabajo, de consumo y en general de cláusulas predisuestas.

En la compleja vida económica actual, la "relatividad" de los contratos, que limita sus efectos a las partes, suele estar en crisis, requiriendo la consideración de la "conexión" contractual que "difunde" esos efectos.

Los contratos tienen un significativo papel en la constitución de los usos y costumbres de los comerciantes, que adquieren gran rol en el capitalismo del presente. La llamada "autonomía universal" (productora de contratos que se declaran "inmunes" a cualquier legislación nacional) y el recurso complementario al arbitraje suelen ser sendas de marginación del Derecho Internacional estatal.

El contrato y el tratado son las dos fuentes más expresivas de este tiempo, pero ninguno de los dos (pese a la raíz de "trato" y a su vinculación básica con la libertad) está exento de los fenómenos de poder que a menudo los condicionan.

## *El testamento*

El testamento, expresión de última voluntad del causante, está signado por la tensa relación entre la necesidad de asegurar la autenticidad, la perdurabilidad y la disponibilidad. Por eso la difícil elección, por ejemplo, entre el testamento público y el testamento ológrafo, que a veces es superada en el testamento cerrado.

Es relevante la vinculación de la voluntad testamentaria con la estructura social que se pretende a través de la sucesión forzosa.

## *Las fuentes formales en el complejo jurídico*

Las ramas del mundo jurídico hacen diverso uso de las fuentes formales. El panorama del empleo de las fuentes formales, v. gro más legislativo en los Derechos Reales y el Derecho de Familia y más contractual en el Derecho de las Obligaciones, es una manifestación de distintos estilos de juridicidad componentes del complejo. En algunos casos, como en el Derecho Constitucional y el Derecho de los Contratos, las ramas tienden a identificarse con respectivos tipos de fuentes. La aparición de ramas nuevas, como el Derecho de la Integración, va acompañado a veces del surgimiento de nuevas fuentes.

## *Las fuentes de conocimiento*

El conocimiento de las normas constituye la "*ciencia jurídica*" o, como suele decirse, incluyendo una mayor carga ideológica, la "*doctrina jurídica*". La constitución y el papel de las fuentes de conocimiento de las normas depende en mucho del marco de la cultura jurídica y la cultura general de que se trate. Es evidente que en la antigua Roma, con la consagración de las "respuestas" de los jurisconsultos, la doctrina alcanzó un rol muy próximo al de las fuentes reales. La exégesis consagró argumentos de autoridad, pero sobre todo pretendió ceñir el despliegue de la doctrina haciendo del juez la "boca de la ley", en tanto la jurisprudencia "dogmática" fue un considerable avance en sentido inverso. Hoy, ante la crisis de la juridicidad estatal, la doctrina suele avanzar en sus propósitos de ser fuente real, como lo muestran, por ejemplo, los "Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales" de Unidroit.

La expresión, en una lógica sistemática, de todo el saber acerca de una rama jurídica se manifiesta en los "*tratados*" (a veces se utiliza, como en los casos de Savigny y Werner Goldschmidt, la específica palabra "sistema"). El tratado evidencia una lógica comprensiva y profunda, que tiene grandes ventajas de penetración, pero puede requerir demasiado tiempo para su redacción, con el pertinente riesgo de desactualización, y suele incluir demasiado saber "heterógeno" (generado por otros, distintos de los autores). La mentalidad que más se valió de tratados es la alemana, por su alta capacidad de abstracción, en tanto en la cultura francesa, más apegada a la explicación de la ley, se

han escrito múltiples "cursos". En la lógica "débil" y el permanente presente de la llamada postmodernidad el tratado parece un género científico-literario relativamente "anacrónico".

Cuando 10 que sería el contenido de un tratado es reducido a su manifestación más sintética, se llega a la *suma* de una disciplina. Si, en cambio, 10 que se pretende es que todo el saber acerca de una disciplina se haga "maneable", física e intelectualmente, con menos nivel de profundidad, se produce un *manual*. Cuando el estudio se refiere a un tema delimitado, desarrollando el relevamiento del objeto y su bibliografía, y a veces agregando algunos aportes al avance del conocimiento, se produce la *monografía*. El avance sólido y "defendible" en un tema, habitualmente enmarcado en un postgrado de al menos similitud doctoral, constituye la tesis. La suma e incluso la tesis participan del retroceso que a la razón fuerte le impone la postmodernidad. En cambio, la monografía es un género más "actual".

Los libros en general, pero de modo destacado los manuales, se encuentran con frecuencia amenazados por el "estallido" del libro, que lleva no sólo a sacrificar su materialidad en fotocopias sino a destruir su unidad intelectual, porque se fotocopian partes que llegan a hacerse de cierto modo "anónimas".

Cabe referir, asimismo, el "*artículo*", llamado a "articularse" a menudo en una publicación periódica de "re-vista", "anuario", etc. El artículo contiene a veces un informe acerca de un conocimiento "autógeno" de investigación, pero también suele ser de difusión. Como en otras áreas de la cultura, la dinámica histórica generó oportunamente la necesidad de publicaciones periódicas. El informe científico es, de manera notoria, la "avanzada" de la formalización de la ciencia.

Otro estilo de fuente de conocimiento es la "*reseña*" de una obra, que a través de su comentario facilita el acceso a la misma y cuya relativa dependencia de la estructura del trabajo de referencia permite que se inicien en la producción literario-científica quienes carecen de experiencia al respecto.

En el tiempo de la postmodernidad, de "estallido" del espacio, el tiempo y la materia, las fuentes ligadas al uso del papel y de la imprenta de tipos móviles coexisten, a veces de manera tensa, con las desarrolladas en los nuevos medios de *comunicación de masas* y las ligadas a la *informática*.

### *Las fuentes de conocimiento en el complejo jurídico*

El reconocimiento de las fuentes de conocimiento que se desarrollan en las distintas disciplinas de las diversas ramas jurídicas puede brindar un panorama importante del complejo respectivo. Aunque ahora la situación se ha modificado, es relevante el predominio histórico que han tenido los cursos franceses en el Derecho Civil y los tratados alemanes en el Derecho Penal.

### ***El funcionamiento de las normas***

La lógica de las normas en relación con la vida tiene que cumplir una serie de tareas que se alimentan recíprocamente y constituyen el "funcionamiento" respectivo. Dichas tareas varían según las distintas concepciones del Derecho. Cada teoría acerca del funcionamiento de las normas, como cada construcción del Derecho mismo, responde a un juego de intereses.

### ***El funcionamiento de las normas según Kelsen***

Para alejar la norma de los hechos, de cierto modo Kelsen "vacía" la norma. Hace de la norma un gran *marco de posibilidades*, dentro del cual el encargado del funcionamiento (p.ej.: el juez) elige una, en una opción que es política, no jurídica.

El jurista austrohúngaro quiere que su norma se desconecte en la mayor medida posible de la realidad, que deje espacio a la realidad pero sin vincularse con ella.

Según Kelsen, interpretar es averiguar ese marco de posibilidades (para lo que se puede recurrir al elemento gramatical, el histórico, etc.), de modo que al fin el encargado del funcionamiento elige políticamente una de dichas posibilidades.

La tensión que podría haber entre el autor de la norma y el encargado del funcionamiento es ignorada, precisamente porque el autor casi no le brinda un contenido determinado a la norma sino que le da simplemente un marco literal y el encargado lo llena como quiere.

Esta manera del funcionamiento de la norma se inscribe dentro del marco histórico en que Kelsen la desarrolla, desde poco antes de la Primera Guerra Mundial. Corresponde a la situación de un grupo dominante que toma el poder, hace las normas y en cierto grado puede desentenderse de lo que los jueces hagan porque, en el fondo, confía en ellos.

La teoría del funcionamiento de las normas de Kelsen es muy diversa de la de la escuela de la exégesis, en cuyo marco no existe esa confianza y el juez debe remontarse a la intención del legislador manifestada en la ley y "bajarla" como en un silogismo, con una única respuesta posible. La preocupación exegética por la seguridad es para el jurista austrohúngaro una ilusión.

### ***El funcionamiento de las normas según el trialismo***

En la teoría trialista del mundo jurídico, el funcionamiento de las normas se produce porque el *reparto proyectado* debe llegar a ser *reparto realizado*. Según la versión que sostenemos, más amplia que la originaria de Wemer Goldschmidt, el trialismo aprecia en el funcionamiento de las normas tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación, argumentación, síntesis y conjetura.

El primer paso a realizar es el *reconocimiento* de la norma (si es considerada vigente; si en principio es aplicable o es desplazada por otra, etc.). Luego ha de ~~cumplirse~~ la tarea de *interpretación*. Como se pretende mantener fuertemente vinculada a la norma con los hechos, en la interpretación trialista no hay remisión al marco de posibilidades que vimos en Kelsen, sino que corresponde atender a la voluntad del repartidor (no a lo que pensó-intención manifestada en la ley, según la *exegésis*— sino lo que quiso —el fin— del autor). La interpretación persigue la fidelidad de las normas. A veces en el funcionamiento es necesaria la tarea de *determinación*, en la cual se desenvuelve la normatividad existente mediante la reglamentación, la precisión de normas y el desarrollo de principios.

En ciertos casos no existe norma, porque no fue hecha o porque se la descarta, y entonces hay una carencia que requiere la tarea de *elaboración*. Si no hay norma que contemple el caso, existe una carencia histórica. Además, el encargado del funcionamiento debe enjuiciar lo que el autor quiso y, si le parece "disvalioso", ha de descartarlo produciendo una "carencia" que Goldschmidt quiso que fuera "dikelógica" (referida a las exigencias de justicia), aunque a veces es meramente "axiológica" (porque el encargado del funcionamiento la produce en aras de otros valores, como v. gr. el poder o la utilidad). En el trialismo, la tensión entre el encargado del funcionamiento y el autor queda claramente evidenciada y resuelta dentro de la ciencia jurídica, sobre todo si, como lo cree Goldschmidt, existe una justicia objetiva estudiada en la "Dikelogía".

La elaboración de la norma puede producirse por "autointegración" (recurso a la justicia "formal" de lo que ya está consagrado en el ordenamiento normativo) o por "heterointegración" (referencia a la justicia "material" de lo que se considera justo). El recurso a la justicia puede ser por "analogía" o por empleo de los "principios generales del Derecho". En la elaboración se decide en mucho la adecuación de las normas a los fines de los repartidores.

La relación entre la norma y los casos se produce al fin mediante la *aplicación*. En ésta se realiza una doble gestión: subsunción (encuadramiento del caso en la norma) y efectivización de la consecuencia jurídica. La teoría trialista señala que a menudo se disimula la producción de carencias axiológicas mediante la incorrecta interpretación o aplicación (esta última suele ser más fácil, porque los hechos son menos conocidos). A la aplicación le corresponde lograr la exactitud de las normas.

Una tarea de gran significación en los resultados del funcionamiento de la norma suele ser la *argumentación*, que la *exégesis* pretendió marginar. Hay veces en que varias normas, que por separado podrían aplicarse a un caso, confluyen en él y no permiten esa aplicación, requiriéndose una tarea de *síntesis* (p.ej. en el concurso real de delitos, en el concurso de Derecho Privado, etc.). En ciertas soluciones se las ordena jerárquicamente, en otras se las reduce en sus alcances, etc.

Como la vida no se agota en los pronunciamientos reales, en el funcionamiento de las normas finalmente hay que considerar la *conjetura* respecto de las otras tareas. Se vive en base a la suposición de lo que podría pasar, v. gro en cuanto a pronunciamientos de los tribunales, decisiones de los particulares, etc. Queriendo remedar a la ciencias exactas de su época a través del silogismo, la exégesis procuró marginar el valor de la conjetura, pero gran parte de la vida jurídica se apoya en ella. Las partes conjeturan lo que harían las otras partes y los jueces, éstos lo que decidirían los tribunales superiores, etc. y obran en consecuencia.

### *El funcionamiento de las normas en el complejo normativo*

Las tensiones en el funcionamiento de las normas son diversas según las distintas ramas del complejo jurídico de que se trate. Por ejemplo, en algunas áreas, como el Derecho Constitucional o el Derecho Administrativo, la lealtad a los autores suele ser más cuestionada por razones de distancia histórica o de juego de intereses que en el Derecho Civil o el Derecho Comercial. En estos casos, la mayor lealtad es exigida por la burguesía necesitada de reglas claras en base a las cuales calcular el riesgo.

### *La institucionalidad y la negociabilidad de las normas*

A través de la función integradora, las normas pueden incorporar a la realidad social de los repartos una mayor o menor carga ideológica, constitutiva de "institucionalidad", o una mayor o menor posibilidad de construcción negocial de las ideas. En nuestros días de la postmodernidad, la construcción negocial avanza sobre la carga institucional cuestionando incluso la milenaria carga ideológica de la identidad sexual y del área del Derecho de Familia, no sólo en cuanto al matrimonio, sino a los mismos papeles de la paternidad y la filiación.

### *La institucionalidad y la negociabilidad de las normas en el complejo jurídico*

En el panorama tradicional, el Derecho Constitucional, el Derecho Penal, los Derechos Reales y el Derecho de Familia han sido grandes bastiones de la institucionalidad. En cambio, el Derecho de los Contratos es un marco de más negociabilidad.

## 2) **El** ordenamiento normativo

Goldschmidt tenía cierta tendencia a privilegiar lo particular sobre lo general: a dar más consideración a la norma que al ordenamiento normativo, al reparto aislado más que al orden de repartos, etc., quizás porque desconfiaba de las generalizaciones (por lo que éstas suelen ocultar). Si bien hizo aportes teóricos relevantes respecto de los conjuntos, su voca-

ción era privilegiar cada caso concreto en particular. Sin embargo, creemos que debe establecerse un razonable equilibrio entre lo general y lo particular. Ambas perspectivas nos parecen necesarias.

El conjunto del Derecho suele integrarse lógicamente en el ordenamiento normativo. El legalismo considera que éste es la captación lógica neutral de un orden de repartos. El ordenamiento normativo es la "lógica del régimen" y en él se produce el imperativo de la legalidad.

Como en una sociedad pueden existir distintos órdenes y "subórdenes" de repartos, también es posible, en el plano lógico, diferenciar diversos ordenamientos y subordenamientos normativos. Una sociedad puede desenvolverse con distintas "lógicas".

En cuanto a las funciones del ordenamiento, por lo demás bastante coincidentes con las de las normas, la fidelidad se remite al contenido de la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado. Por esto, si se atiende al funcionamiento del ordenamiento normativo, la interpretación tiende a apartarse de la voluntad de los repartidores, a la que la refirió Goldschmidt, y a considerar el conjunto, que puede ser más próximo a la voluntad de la comunidad.

Podría decirse que las teorías interpretativas más referidas a la voluntad de los autores de las normas, como la de Goldschmidt, se relacionan más con el funcionamiento de las normas aisladas, en tanto las que se remiten a la "voluntad de la ley" (o de la norma) —que en sí es un imposible psicológico— pueden esgrimir más la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado.

El elemento de la interpretación más próximo al ordenamiento normativo es el sistemático; la remisión integradora más cercana a él es la autointegración.

Es habitual representar la *estructura* del ordenamiento, como una pirámide. Por sus relaciones verticales de producción realiza el valor subordinación; por sus vinculaciones verticales de contenido satisface el valor ilación; por sus relaciones horizontales de producción satisface el valor infalibilidad y por sus vinculaciones horizontales de contenido realiza el valor concordancia. El conjunto del ordenamiento satisface el valor coherencia. En la estructura del ordenamiento son importantes sus denominadores comunes lógicos y entre éstos se encuentra el despliegue lógico de los principios generales del Derecho.

El ordenamiento tiene como *origen* una norma hipotética fundamental. Kelsen la emplea para dar partida al deber de obediencia, remitiéndola al constituyente histórico, y con ella Goldschmidt abre el legalismo a la disyunción en la que los pactos deben ser cumplidos o habrá que obedecer al constituyente histórico. Uno de los grandes propósitos del legalismo es mostrar al Derecho más allá de la coacción o la coercibilidad estatales.

Con miras a las *clases* de ordenamientos, vale tener en cuenta que su lógica puede

tener diversos grados de dependencia o autosuficiencia. Si en caso de carencia el encargado del funcionamiento debe recurrir al autor, el ordenamiento es un *mero orden* (su fuente formal habitual es la recopilación). Cuando, en cambio, en caso de carencia el encargado del funcionamiento tiene que resolver, el ordenamiento es un sistema (y su fuente formal habitual es la codificación). El orden es "dependiente" y el sistema pretende ser "autosuficiente".

El sistema puede ser *formal* (cuando hay que resolver aplicando un criterio de cierre, por ejemplo, la aprobación de lo que ha sucedido, como en la reserva penal liberal) o *material* (si el encargado del funcionamiento puede resolver según crea más valioso). Como creemos que la lógica del Derecho debe admitir nuevos aportes lógicos, de la realidad social y de los valores, consideramos que importa que el sistema normativo, formal o material, sea "abierto".

### *El ordenamiento normativo en el complejo jurídico*

Cada rama jurídica tiende a constituir la "lógica" de un subordenamiento normativo. En la estructura del ordenamiento, el Derecho Constitucional ha ocupado tradicionalmente un lugar de preeminencia que hoy comienza a compartir con el Derecho Internacional Público y el Derecho de la Integración. Aunque todo nuestro complejo jurídico tiene en general características de sistema, el Derecho Privado suele valerse de la "lógica abierta" de un sistema material y el Derecho Penal liberal se apoya en la "lógica cerrada" de reserva de un sistema formal.

### 3) La categoría básica de la normatividad jurídica

En una posición que no deja de tornarse vía para la polémica, cabe decir que —como hemos señalado— según nuestra construcción la *categoría básica* de la dimensión normológica del Derecho es la verdad. Esta tiene carácter "*pantónomo*", o sea se refiere a la totalidad de los fenómenos donde puede realizarse, de modo que para ponerla a nuestro alcance es necesario "*fraccionarla*", generándose así certeza. Al hilo de la pantonomía de la verdad se aprecia que no sólo los sentidos normológicos sino la realidad social y los valores van más allá de las meras formalizaciones normativas.

#### *b) La dimensión sociológica*

##### *1) Los repartos aislados*

##### *Las clases de adjudicación*

La mejor comprensión de las normas y del Derecho todo lleva a reconocer una realidad social de *adjudicaciones* de lo que favorece al ser y la vida (o sea, respectivamente



de "potencia" e "impotencia"). Dentro de ese marco de adjudicaciones vale diferenciar las que provienen de la conducta de seres humanos determinables, que son *repartos*, y las que emergen de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar, que denominamos *distribuciones*.

La noción de "conducta" humana se apoya en la de "*libertad*" y ésta es al fin quizás sólo una "construcción", ya que en profundidad no sabemos si somos libres, condicionados o incluso determinados, pero estimamos que se trata de una noción que puede resultarnos esclarecedora o al menos útil a los fines que se persiguen en el Derecho.

Aunque no creemos que deban estar en pie de igualdad, sino que los repartos producidos por la conducta son el centro de gravedad de la realidad sociológico-jurídica, consideramos que es muy importante contar con categorías que den entrada a las potencias e impotencias recibidas de la naturaleza, del obrar de seres humanos indeterminables y del azar. Como hemos señalado, las normas son captaciones lógicas de repartos proyectados, hechas del punto de vista de terceros.

Para el reconocimiento cabal de un reparto vale apreciar su *estructura*, es decir, quiénes son "*repartidores*", quiénes son *recipiendarios*, cuáles son los *objetos* (potencias e impotencias) adjudicados, cuál es *suforma* (el camino previo para llegar a su comienzo) y cuáles son las *razones* pertinentes (móviles de los repartidores, razones alegadas y razones que atribuye la comunidad cuando considera que el reparto es valioso).

### *Las clases de adjudicación y el complejo jurídico*

Las distintas ramas jurídicas tienen diversos contenidos repartidores o distribuidores. A menudo hay bases en distintas distribuciones, a veces más de cultura general como en el Derecho Constitucional; en otros casos de más referencia natural, conforme ha sido hasta ahora el Derecho de Familia y en otros ámbitos de más apoyo económico, según sucede en el Derecho de los Contratos.

### *Las clases de reparto*

Es relevante clasificar los repartos atendiendo a que la conducción repartidora se produzca por imposición o por acuerdo de los interesados, es decir, sea autoritaria o autónoma. En los *repartos autoritarios* se realiza el valor poder y en los repartos autónomos el valor cooperación. Creemos que los *repartos autónomos* tienen superioridad "óntica" (por mayor posibilidad de desarrollo) y dikelógica (por satisfacer nuestra construcción de la justicia respetando a los interesados).

### *Las clases de reparto en el complejo jurídico*

Es importante apreciar el panorama de autoridad y autonomía de un complejo jurí-

dico. Existen ramas jurídicas más autoritarias, entre las que se destaca el Derecho Penal y cabe situar también a los Derechos Reales y el Derecho de Familia tradicional, y otras más autónomas, en cuyo ámbito se destaca el Derecho de los Contratos.

### *El origen de los repartos*

El *origen* de los repartos está en un proceso que incluye el *reconocimiento* de una realidad problemática sociológica, normológica y axiológica, la *decisión* y la *efectivización* de la misma. Lo que se ha avanzado en la teoría de las decisiones, por ejemplo, en cuanto a la búsqueda de los mejores resultados con el menor costo, puede ser de importancia para las decisiones repartidoras.

Más en profundidad, el origen de los repartos lleva a reconocer fuerzas que provienen de otros repartos o de distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. En esta perspectiva se inscriben las discusiones acerca de las relaciones entre la infraestructura y la superestructura de la sociedad.

### *El origen de los repartos en el complejo jurídico*

A veces las ramas jurídicas evidencian más las vinculaciones del origen de los repartos con las distribuciones, como sucede en el Derecho de los Contratos respecto de las influencias humanas difusas y con el Derecho de Familia en relación con las distribuciones de la naturaleza, y en otros casos se pretende marginarlas más, según ocurre en el Derecho Penal liberal que, sin embargo, también tiene ese tipo de raíces profundas.

### *El funcionamiento de los repartos*

En el *funcionamiento* del reparto la conducción repartidora puede encontrar *límites*, establecidos por los propios repartidores (límites voluntarios) o por la "naturaleza de las cosas" (límites necesarios de carácter físico, psíquico, lógico, axiológico, político y económico).

Los repartos y las distribuciones, y las normas que captan los repartos, pueden ser entendidos como "*respuestas jurídicas*" que tienen alcances normativos, fácticos y valorativos. En tal sentido, es posible reconocer sus alcances *conceptuales y fácticos* y sus despliegues *territoriales, temporales, personales*, relativos a las *potencias e impotencias (objetos)*, *formales* y de *razón*. En la dinámica de las respuestas es posible diferenciar fenómenos de aumento ("plusmodelación"), disminución ("minusmodelación") o sustitución.

La plusmodelación conceptual y fáctica constituye expansión de la respuesta; si se dirige sólo a lo conceptual hay inflación y si se refiere sólo a lo fáctico hay *sobreactuación* de la respuesta. Cuando la minusmodelación se refiere a lo conceptual y lo fáctico hay re-

ducción del modelo; si se dirige de manera exclusiva a lo conceptual se produce *deflación* y si apunta solamente a lo fáctico se origina el *vaciamiento* de la respuesta. La *sustitución* en lo conceptual y lo fáctico es total, pero puede ser sólo conceptual o fáctica.

### *El funcionamiento de los repartos en el complejo jurídico*

Es significativo reconocer los límites que encuentra el complejo jurídico en sus distintas ramas. En general, por ejemplo, el Derecho de los Contratos suele hallar límites necesarios de carácter económico, pero éstos son más reconocidos que los límites con que a menudo tropieza el Derecho Administrativo. En nuestros días se está produciendo un sorprendente derrumbe de los límites físicos y psíquicos que encontraba el Derecho de Familia.

En la actualidad suelen producirse fenómenos de expansión e incluso de sobreactuación del Derecho de los Contratos sobre el Derecho de Familia, cuyas respuestas, en cambio, se reducen o al menos son vaciadas. A veces la sustitución de las respuestas familiares por las contractuales es total, en otros casos es al menos fáctica.

## *2) El orden de repartos*

### *El concepto, la estructura y las clases de orden de repartos*

Los repartos pueden presentarse en condiciones de *orden* (constituyendo un régimen) o de *desorden* (en anarquía). La estructura del orden de los repartos puede producirse verticalmente, por despliegues de *plan de gobierno en marcha*, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y horizontalmente, por desarrollo de la *ejemplaridad*, que se apoya en el seguimiento de repartos que se consideran razonables e incluye la costumbre. El plan de gobierno en marcha realiza el valor previsibilidad y la ejemplaridad satisface el valor solidaridad. El régimen en su conjunto realiza el valor orden.

Los órdenes de repartos pueden ser *clasificados* por sus dimensiones (órdenes, "microórdenes" y "macroórdenes") y sus alcances en el espacio, el tiempo y la materia.

El desorden de los repartos constituye anarquía, y en ésta se produce el "disvalor" relativo de la arbitrariedad.

### *La estructura del orden de repartos y el complejo jurídico*

El Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, los Derechos Reales y el Derecho de Familia son en diversos grados tradicionales enclaves de la planificación gubernamental, en tanto el Derecho de los Contratos es habitualmente un ámbito de mayor juego de la ejemplaridad.

Los subórdenes de las ramas jurídicas a veces son ordenados y en otros casos son

desordenados, generándose en estos supuestos una al menos relativa anarquía, como ha ocurrido, v. gr., en los conflictos entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil.

### *El origen del orden de repartos*

El *origen* del orden de repartos puede ser remitido a un fenómeno más "natural" (dado) o "contractual". Aquí se encuentra la milenaria discusión entre las posiciones organicistas y pactistas en cuanto al origen de la *sociedad* y el gobierno.

### *El origen del orden de repartos y el complejo jurídico*

Hay ramas jurídicas que tradicionalmente han sido *más* organicistas, como el Derecho de Familia, y otras que han sido más pactistas, como el Derecho de los Contratos. Sin embargo, en general en nuestros días se produce un avance del pactismo. El derecho de la responsabilidad civil es un campo de frecuente enfrentamiento entre las posiciones más pactistas, referidas a la culpa, y las más organicistas, proyectadas a la responsabilidad objetiva.

### *El funcionamiento del orden de repartos*

En cuanto al *funcionamiento* del orden de repartos, cabe reconocer, por ejemplo, fenómenos de *cambio* (evolutivo o revolucionario) y de *conservación*. Los criterios de diferenciación de estos fenómenos se refieren a los modos constitutivos del orden; pueden cambiar o conservarse el plan en los supremos repartidores o los criterios supremos de reparto, y la ejemplaridad.

En las *relaciones entre las respuestas jurídicas*, es interesante reconocer fenómenos de coexistencia de soluciones independientes, dominación, integración, desintegración o aislamiento.

Asimismo, en las vinculaciones entre regímenes es importante el fenómeno de la *recepción* de modelos extraños, que puede ser sucedido por la asimilación o el rechazo.

### *El funcionamiento del orden de repartos y el complejo jurídico*

Las ramas componentes del complejo jurídico suelen evidenciar cambios evolutivos (cuando se modifican sólo los criterios supremos de reparto) o revolucionarios (cuando varían los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto).

El cambio que la Revolución Francesa produjo en el Derecho Constitucional, inicialmente entre 1789 y 1791 prosiguió, por ejemplo, en la Codificación cuyo primer gran momento fue el Código Napoleón en 1804. El cambio revolucionario de la caída del gobierno

de Juan Manuel de Rosas en la Argentina se tradujo, v. gr., en la Constitución de 1853 Y el Código Civil de 1869.

En otros casos, al menos en apariencia hay evolución donde no cambian los supremos repartidores pero sí los supremos criterios de reparto, como ha sucedido en el Derecho Administrativo y el Derecho Privado argentinos, con la liberalización de la economía producida en nuestra década. Es interesante reconocer la tensión que evidencia nuestro complejo jurídico porque el Derecho Constitucional tiende a hacerse más socialdemócrata (v. la reforma constitucional de 1994) Y el Derecho Administrativo y el Derecho Privado se hacen en general más liberales.

Durante mucho tiempo, la mayoría de las ramas jurídicas se desarrolló dentro de los regímenes estatales, quedando al Derecho Internacional Público y al Derecho Internacional Privado las relaciones "interestatales". Hoy las ramas han desbordado los marcos estatales, en gran medida impulsadas por el Derecho Comercial, pero alcanzando incluso áreas tradicionalmente ceñidas a los regímenes nacionales como el Derecho Penal. El Derecho Internacional Privado ha desarrollado una gran cantidad de soluciones directas que se superponen al conflictualismo clásico y el Derecho Internacional Público vive —quizás con menos conciencia— la tensión del pasaje desde las formas internacionales, expresadas en las Naciones Unidas, a la configuración de un régimen más intensamente planetario.

En nuestros días, el Derecho Comercial va rompiendo los cauces de coexistencia con otras ramas del Derecho Privado y del mundo jurídico en general para constituir fenómenos de dominación. La postmodernidad es hasta ahora, sobre todo, un tiempo de "comercialización" del complejo jurídico.

En el complejo jurídico argentino es interesante la "polirrecepción" que, en diversas ramas, se ha producido respecto de modelos provenientes de otros países, con los consiguientes problemas de desajuste, y las consecuencias de mayor o menor asimilación o rechazo. Nuestro régimen ha recibido, con distintos grados de éxito, el Derecho Constitucional norteamericano, el Derecho Administrativo y el Derecho Civil franceses, el Derecho Procesal de referencia española, etc. Tal vez la más rápida y mayor asimilación ocurrió en el Derecho Civil, pero tampoco éste consiguió de manera plena los objetivos (de construir un país capitalista) que se propuso.

### 3) Las categorías básicas de la realidad social jurídica

Las *categorías básicas* de la dimensión sociológica del Derecho son la *causalidad* y la *finalidad*, ésta en referencias objetiva y subjetiva (los sentidos que encontramos o pretendemos en los sucesos); la *posibilidad* y la *realidad*.

La causalidad, la finalidad objetiva y la posibilidad son "*panótmomas*" (es decir se

refieren a la totalidad de sus posibilidades de realización) de modo que sólo podemos abarcarlas mediante "*fraccionamientos*" productores de *certeza*. Sabemos que la causalidad, la finalidad objetiva y la posibilidad que manejamos son elementos de cierto modo "reticulares" abarcados mediante los recortes que debemos hacer para obtener el mayor esclarecimiento posible. Todos los conceptos de la realidad social del Derecho están impregnados de esa pantonomía, que hace que se interrelacionen en profundidad, por ejemplo, la conducción repartidora y la espontaneidad distribuidora, la autoridad y la autonomía, la planificación y la ejemplaridad, etc.

#### e) Dimensión dikelógiea

#### J) Los valores aislados

#### *La justicia como valor*

A nuestro entender, el máximo valor que ha de realizar el Derecho es la justicia, en relación con el cual surge el imperativo de la legitimidad. Sin embargo, no sin cierta razón suele decirse que se trata en mucho de un "valor franciscano", cuya valía consiste en que los demás valores valgan.

#### *La justicia como valor en el complejo jurídico*

Las diferentes ramas jurídicas han de tender a la realización de la justicia, pero ésta se ha de relacionar con otros valores como la utilidad que es más específica en el Derecho Comercial, el amor que suele predominar en el Derecho de Familia, etc.

#### *La estructura pantónoma de la justicia*

La justicia es una categoría pantónoma, referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Como tal, nos es inabordable porque no somos ni omniscientes ni omnipotentes, de modo que tenemos que considerarla apoyándonos en fraccionamientos productores de seguridad jurídica. Entre los despliegues de la pantonomía están los que se refieren a la continuidad pasado, presente y porvenir y al complejo personal, temporal y real.

La pantonomía de las categorías básicas de las tres dimensiones del Derecho es en gran medida la fuente de la exigencia de la Teoría General del Derecho.

#### *La pantonomía de la justicia en el complejo jurídico*

Algunas ramas del complejo jurídico están especialmente orientadas a la conexión intertemporal, y entre ellas se destacan el Derecho Constitucional y el Derecho de Sucesio-

nes, que constituyen los grandes puentes en la historia y la biografía de las generaciones. Otras ramas, como el Derecho de los Contratos, tienen más sentido de presente y de futuro cercano.

Entre las máximas expresiones de la atención al complejo personal se encuentra el Derecho de Familia. Una de las mayores manifestaciones de la tensión en la atención al complejo real está en el Derecho Penal, cuando se desfracciona la verdad pero se recortan los tipos; en cambio, el mayor fraccionamiento de dicho complejo puede mostrarse en el Derecho Cambiario.

### *Las clases de justicia*

Desarrollando las enseñanzas que formularon principalmente Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, es posible reconocer hoy diversas vías para investigar la justicia, que pueden denominarse "clases" de justicia.

En relación con el reparto aislado y sus caracteres son diferenciables la justicia consensual y extraconsensual (descubierta a través del consenso o prescindiendo de él), con o sin acepción (consideración) de personas, simétrica o asimétrica (de fácil o difícil comparabilidad de las potencias e impotencias), monológica y dialogal (de una o varias razones) y conmutativa o espontánea (con o sin "contraprestación").

En vinculación con el orden de repartos y sus caracteres pueden distinguirse la justicia "parcial" o gubernamental (proveniente de las partes o del todo), sectorial o integral (referida a sectores o a la totalidad), de aislamiento o de participación, absoluta o relativa y particular o general (orientada al bien de cada individuo o al bien común).

### *Las clases de justicia y el complejo jurídico*

En general, el Derecho Privado es identificable por los requerimientos de la justicia particular y el Derecho Público por las exigencias de la justicia general. Sin embargo, pueden continuarse las líneas de diversificación, por ejemplo señalando las respectivas afinidades con la justicia consensual, sin acepción de personas, simétrica, conmutativa, parcial, sectorial, de aislamiento y particular para el Derecho de los Contratos, en tanto la justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, espontánea, gubernamental, integral, de participación y general tienen relativamente más vías de penetración en el Derecho de Familia, en el Derecho Penal, etc. En el Derecho Constitucional son especialmente fuertes las remisiones por las sendas de la gubernamentalidad, la integralidad, la participación y la generalidad. Ante la crisis de las concepciones profundas del mundo, el Derecho Penal suele fijar sus sanciones por la vía de la relatividad.

### *Las fuentes de la justicia*

Aunque en alguna medida somos realistas genéticos, no creemos que puedan soste-

nerse ni la objetividad ni la subjetividad última de los valores. Por eso nos avenimos a construirlos. De todos modos, la solidez de esa construcción es diversa, con cierta analogía a 10 que Goldschmidt consideró valores "naturales" y "fabricados".

### *Las fuentes de la justicia y el complejo jurídico*

Existen ramas del complejo jurídico donde la construcción de la justicia pretende ser más sólida, como el Derecho Penal o el Derecho de Familia, y otras donde es más claramente construida, según sucede en el Derecho de los Contratos.

### *El complejo axiológico*

Según indicamos, creemos que el conjunto del Derecho debe tender a la realización de la justicia. Sin embargo, en cada circunstancia el complejo axiológico jurídico evidencia diversas perspectivas de valor, que pueden vincularse entre sí en *estructuras* más o menos tensas. La justicia ha de *integrarse* con valores que consideramos del mismo nivel, como la salud, la utilidad, la verdad, la belleza, el amor, la santidad, etc. y todos deben *contribuir* a la realización del más alto valor a nuestro alcance, que estimamos es la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). Hay que evitar, en cambio, que los valores del mismo nivel como la justicia, la salud, la utilidad, la verdad, etc. se *arroguen* unos el material de los otros y que cualquiera de ellos se *subvierta* contra el valor superior humanidad.

El *origen* del complejo axiológico puede ser más "hipotético", de carácter "positivista", o tener más referencia teológica, cosmológica o antropológica.

### *El complejo axiológico y el complejo jurídico*

En la Edad Media el complejo de ramas jurídicas respondía en general a la relación a veces integradora y a veces arrogante de la santidad con la justicia. Incluso hubo vinculaciones de contribución pero también de subversión de la santidad respecto de la humanidad. El protagonismo de la santidad se expresaba en el Derecho Canónico, en el pre-Derecho Constitucional feudal, en la confusión que reinaba en el Derecho Penal entre delito y pecado y entre pena y penitencia y en los avances inquisitivos en el Derecho Procesal. Sin embargo, a partir del resurgimiento vital del año 1000 comenzaron a configurarse lentamente áreas más signadas por el valor utilidad que impulsaron la recepción del Derecho Romano justiniano de gran importancia en el Derecho Civil, la formación del Derecho Comercial, del Derecho Internacional Privado (interregional) y del Derecho de la Navegación, las crecientes limitaciones posteriores de la confusión penal entre delito y pecado y entre pena y penitencia y la disminución de las figuras inquisitivas.



En la actualidad postmoderna se evidencia el gran predominio que tiene en la configuración del complejo axiológico el valor utilidad, a veces en integración y otras arrogante respecto de la justicia, el amor, la verdad, la belleza, la santidad, etc.; en ciertos casos en contribución y otros en subversión en relación con la humanidad. La utilidad, promovida por las aspiraciones burguesas, se muestra en diversos grados en la formación del Derecho Constitucional que da reglas sólidas a la propiedad privada; en el despliegue del Derecho Penal liberal, que suprime los delitos y las penas inútiles; en el Derecho Administrativo que pone en marcha los servicios públicos y en el Derecho Procesal, que brinda reglas claras para la solución de los conflictos. Asimismo se expresa en la predominante liberalización y la comercialización del Derecho Civil; en la retirada del Derecho del Trabajo y a veces del Derecho de la Seguridad Social (que surgieron en parte de choques de la utilidad con otros valores) y en la formación, junto al Derecho Internacional Privado de conflicto, de un Derecho Comercial Internacional.

Si se desea que el complejo jurídico del tiempo actual acoja otros valores, es importante que ese marco de ramas en ciertos sentidos utilitarias o utilitarizadas sea enriquecido con enfoques "transversales", como los del Derecho de Menores, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho de la Salud, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, etc.

La comparación del complejo jurídico medieval y el postmoderno evidencia el cambio de un origen axiológico de más referencia teológica a otro de mayores alcances positivistas, antropológicos o cosmológicos.

### *La justicia de los repartos aislados*

La legitimidad de los repartos aislados puede referirse a los repartidores, cuyo título se apoya en la *aristocracia* de su superioridad moral, científica o técnica o en alguna manifestación de la *autonomía* de los propios interesados. La justicia de los *recipiendarios* se remite sobre todo a los *merecimientos* (que se vinculan más a la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar) y a los *méritos* (más relacionados con la conducta). La legitimidad del objeto del reparto trata de las potencias de la vida, la libertad, la propiedad, etc. La justicia de la forma atiende a la *audiencia* dada a los interesados, que se encauza principalmente por el proceso o la negociación. La legitimidad de las razones se relaciona con su *fundamentación*.

### *La justicia de los repartos aislados en el complejo jurídico*

La legitimación autónoma tiene altos exponentes en el Derecho de los Contratos y en el Derecho Constitucional de los regímenes apoyados en la "infraautonomía" de la democracia. Durante largo tiempo, la aristocracia se ha manifestado, por ejemplo, en la legi-

timación del poder paterno en el Derecho de Familia. También puede considerarse en cierto grado aristocrática la legitimación en el Derecho Penal.

Algunas ramas se apoyan más en los merecimientos, como el Derecho de Familia o el de la Seguridad Social, y otras más en los méritos y deméritos, como el Derecho Penal. Hay ramas más vinculadas a la vida, como el Derecho de Familia, otras a la propiedad y la libertad, como el Derecho de los Contratos y los Derechos Reales, etc. El Derecho Penal es una muestra de lo más importante que todo el régimen desea resguardar.

Como su propio nombre lo indica, el Derecho Procesal es el gran bastión de la audiencia procesal, en tanto el Derecho de los Contratos es uno de los grandes marcos de la audiencia negocial. El Derecho Público requiere, en general, más despliegues de fundamentación expresa que el Derecho Privado.

### *La justicia del régimen*

Creemos que para ser justo un régimen ha de ser *humanista*, tomando a cada individuo como un fin y no como un medio. La *estructura* del régimen justo requiere amparar al individuo contra cualquier amenaza, de los demás individuos y del régimen en su conjunto, de sí mismo y de todo lo demás (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). La clase de régimen, según el humanismo que practique, puede ser, a su vez, intervencionista (paternalista) o abstencionista.

### *La justicia del régimen en el complejo jurídico*

Hay ramas jurídicas que protegen más al individuo contra los demás, como el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho Penal, el Derecho Administrativo o el Derecho Procesal; otras lo amparan más respecto del régimen, como el Derecho Constitucional; las hay que lo resguardan contra sí mismo, como el Derecho Administrativo o el propio Derecho Penal, y otras lo protegen ante lo demás, según lo realizan el Derecho Administrativo, el Derecho de la Seguridad Social, el Derecho de Menores, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho de la Salud, etc.

## 111. El horizonte de Historia del Derecho y Derecho Comparado

La Teoría General del Derecho se nutre recíprocamente con la Historia del Derecho y el Derecho Comparado. A través de ella, éstos son más comprensibles. Lo común y lo abarcativo del Derecho se reconoce mejor atendiendo a sus horizontes temporales y espaciales. Lo que la Teoría General del Derecho brinda al conocimiento jurídico en lo material, se asemeja a lo que la Historia del Derecho y el Derecho Comparado le dan en lo temporal y lo espacial.

***PROPUESTAS PARA LA ELABORACION y EL DEBATE***

1) Caracterizar el Derecho Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho de Familia, el Derecho de los Contratos y una rama jurídica a elección del alumno, teniendo en cuenta en especial sus rasgos actuales en la realidad argentina.

2) Comparar las ramas jurídicas caracterizadas y debatir acerca de la posibilidad de intercambiar sus características.

## BIBLIOGRAFIA:

- AHRENS, Enrique, "Enciclopedia Jurídica ó exposición orgánica de la ciencia del Derecho y el Estado", trad. Francisco Giner, Gumersindo de Azcárate y Augusto G. de Linares, Madrid, Suárez, 1878/80;
- BOBBIO, Norberto, "Contribución a la Teoría del Derecho" (rec.), ed. Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, Torres, 1980;
- CANARIS, Claus-Wilhelm, "El sistema en la Jurisprudencia", trad. Juan Antonio García Amado, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998;
- CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976;
- "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976;
- "El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico", Rosario, 1965;
- "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982 /4;
- "Filosofía de la Jurisdicción", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998;
- "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991 /4;
- "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985;
- CIURO CALDANI, Miguel Angel - ARIZA, Ariel y otros, "Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho", en "El Derecho", t. 150, págs. 859 y ss.;
- FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", 5ª. ed., Bs. As., Sudamericana, 1965;
- GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987;
- FOUCAULT, Michel, "La verdad y las formas jurídicas", trad. Enrique Lynch, 2ª. reimp., México, Gedisa, 1984;
- KELSEN, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", trad. Eduardo García Morente, México, Textos Universitarios, 1969;
- NEWTON-SMITH, W. H., "La racionalidad de la ciencia", trad. Marco Aurelio Galmarini, Barcelona, Paidós, 1987;
- VERNENGO, Roberto José, "Curso de Teoría General del Derecho", Bs. As., Cooperadora de Ciencias Sociales, 1972.